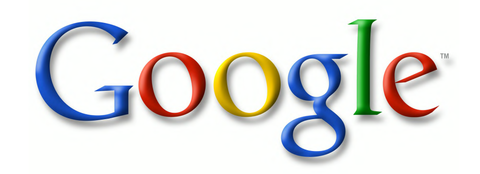


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


WIDENER LIBRARY
HX GFDR Z

AH 7203.141



Harvard College Library.

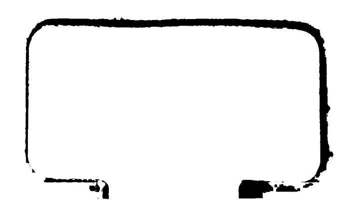
FROM

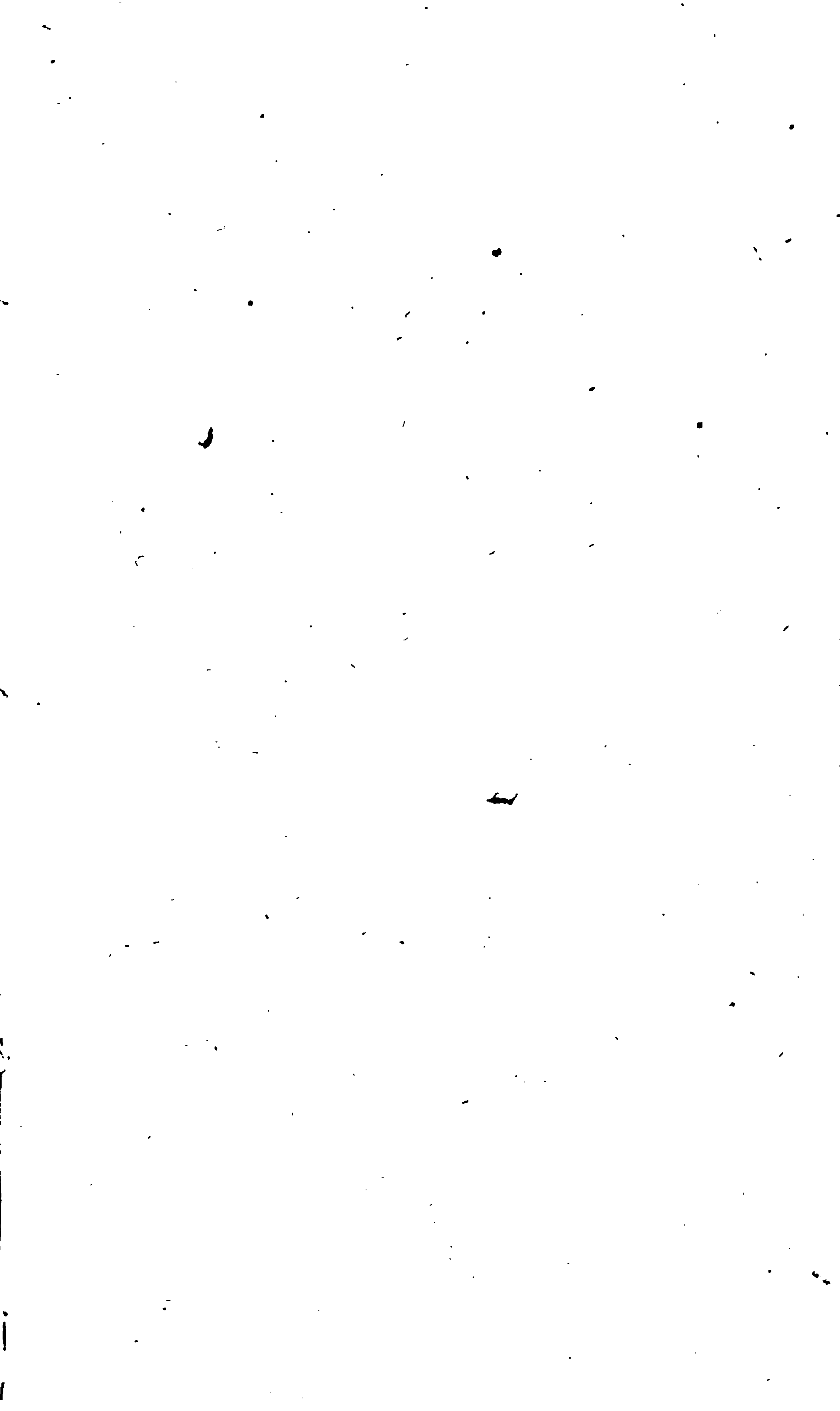
THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 22 May, 1890.







Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Nach des Verfassers Tode fortgesetzt



von

D. Christian Friedrich Mühlenbruch

Geheimen Justizrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Georg-Augustus Universität in Göttingen, Ritter des rothen Adler-Ordens dritter Klasse.

Vierzigster Theil.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1838.

~~VI. 9255~~
AH 7203.14
Harvard College Library.
22 May, 1890.
From the Library of
PROF. [illegible]

Fortsetzung des Titels:

De heredibus instituendis.

§. 1438 b.

Wenden wir uns jetzt zur Erörterung der am Schluß des vorigen Bandes aufgeworfenen Fragen. Also:

I. In wiefern ist die Stiftung eines pium corpus durch Testament rechtlich gestattet?

Wir haben gesehen, daß nach dem Röm. Rechte testamentarische Anordnungen zu frommen und mildthätigen Zwecken nicht nur an sich giltig sind, sondern ein reiner Wohlthätigkeitszweck sogar das Subject einer Erbeinsetzung seyn darf (Bd. 39. S. 451—466). Allerdings kann also der Erblasser Stifter oder Begründer einer Anstalt werden, welche Zwecken dieser Art dient. Eine andere Frage aber ist die: ob eine solche Anstalt lediglich durch die testamentarische Stiftung die Eigenschaft einer juristischen Person erhalte, oder ob dazu nicht vielmehr Anerkennung und Bestätigung von Seiten der Staatsgewalt erforderlich sey?

In den Schriften der Rechtsgelehrten, besonders der Civilisten, ist sehr selten von Begründung der piae cau-

sae und anderer gemeinnütziger Institute die Rede. Man begnügte sich hier (wie bei so manchen anderen Rechtsbegriffen) mit den darüber stillschweigend anerkannten und befolgten Grundsätzen. Erst in neuerer Zeit strebten die Verfasser juristischer Lehr- und Handbücher nach einer äußern Vollständigkeit des Systems, worin jeder Rechtssatz seinen Platz finde, auch solche, die, ohne in der Schule erlernt zu seyn, allgemein gekannt und in der Praxis befolgt waren. Gleichzeitig erwachte wieder das Bestreben, alle Lehren aus sicheren Quellen abzuleiten und zu erklären, wodurch denn allerdings auch manche theoretische Zweifel und Einschränkungen in Ansehung dessen, was im Leben längst als unangefochtene Wahrheit gegolten hatte, veranlaßt wurden. So kam man denn in den neuesten Lehrbüchern des practischen Civilrechts zu dem Resultat: alle juristische Personen, mithin auch die Anstalten, welche durch den Namen pia corpora bezeichnet werden, erfordern zu ihrer legalen Entstehung die Autorisation der Staatsgewalt, oder aber gesetzliche Anerkennung; nur reine Wohlthätigkeitsanstalten können durch Testament gestiftet werden[1]. Die Stellen selbst, worauf man die zuletzt erwähnte Modification gründete, unterzog übrigens Niemand einer genaueren Prüfung, bis denn der bekannte Streit über die Giltigkeit des Städelschen Testaments auch darauf führte. Es kamen denn bei dieser Gelegenheit die entgegengesetztesten Theorien zum Vorschein. Auf der einen Seite wurde behauptet, daß das Erforderniß höherer Autorisation zur Begründung juristischer Persönlichkeit für rechtserlaubte Zwecke

1) v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts nach Heise Buch I. §. 106. d. ersten Aufl. u. die beiden ersten Aufl. meiner doctrina Pand. §. 231. Nr. 5.

weder Gesetz, noch die Praxis für sich habe, und zwar stellte man diese Behauptung bald ganz allgemein auf, bald mit der Beschränkung, daß Alles, was jetzt wohl als pium corpus im weitesten Sinne bezeichnet zu werden pflegt, durch Testament mittelst Erbeinsetzung gestiftet werden könne [2]. Auf der anderen Seite dagegen suchte man darzuthun, daß juristische Personen allemal nur durch gesetzliche oder obrigkeitliche Autorisation ihre legale Existenz erhalten könnten, auch die auf **L. 46 C.** *de episc. et cler.* und andere Stellen des Röm. Rechts gegründeten angeblichen Ausnahmen überall nicht vorhanden seyen [3]. Diese Meinung ist denn auch bereits in dem gegenwärtigen Commentar vorgetragen [4]; sie soll jetzt noch etwas näher begründet werden.

Persönlichkeit, als Rechtsfähigkeit, ist ein ju-

2) In der weitesten Ausdehnung vertheidigt diese Behauptung Elvers Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen (Gött. 1827). S. 159 — 205. Eben so (auf Veranlassung der Streitigkeiten über das Blum'sche Testament) F. A. Northoff, die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung (Gött. 1833). S. 105 f.

3) Dies ist das Resultat meiner rechtlichen Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles (Halle 1828), in der Kürze ausgesprochen in meinem Lehrb. des Pandectenrechts Bd. I. §. 201. Nr. 5. (d. 2. Aufl.). Ganz unbeschränkt erklären sich für diese Ansicht das Kieler Gutachten über das Städel'sche Testament S. 18 f. und das Göttinger Gutachten über denselben Fall §. 8. S. 19 f. Und im wesentlichen übereinstimmend sind auch Mackeldey Lehrbuch §. 145. Note b. und Thibaut, System d. Pandektenrechts Bd. I. §. 130. (d. 8. Aufl.)

4) S. Bd. 39. d. Comment. S. 436 f.

ristischer Begriff; der Staatsgewalt kommt es daher zu, sowohl die Bedingungen zu bestimmen, unter welchen die Persönlichkeit anerkannt werden soll, als auch den Umfang der damit verknüpften Rechte. Es steht überdies aber jener Begriff in einer natürlichen, ja fast nothwendigen, Verbindung mit menschlichen Einzelwesen: Person ist ein Mensch, der auf bürgerliche Rechtsfähigkeit Anspruch machen darf. Der Begriff einer ideellen oder juristischen Persönlichkeit beruht auf weiterer Abstraction, — er ist ein fingirter und übertragener. Deutlich weis't hierauf auch das Röm. Recht hin, indem es durch Vergleichung mit dem physischen Menschen anschaulich gemacht wird, daß auch eine Mehrheit von Personen ein einziges Rechtssubject bilden könne: „**Magistratus municipales (heißt es), cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent**"[5]). Von selbst versteht sich daher, daß die Bedingungen, unter welchen juristische Persönlichkeit anerkannt werden soll, nicht weniger vom **jus publicum** abhängen, als die der Persönlichkeit eines physischen Menschen, m. a. Worten: die Erschaffung einer juristischen Person kann eben so wenig Gegenstand bloßer Privatwillkühr seyn, wie die Aufnahme eines Nichtbürgers unter die Bürger, und überhaupt die Bestimmung, wem staatsbürgerliche Rechte zustehen sollen, es ist[6]). Aller-

5) L. 25. **D.** *ad municipalem* **C. 1.** — Vrgl. auch Bd. 39. d. Comment. S. 443 — 445.

6) Die allgemeine Anerkennung, welche diese Grundsätze selbst bei denen finden, die eine privatautonomische Constituirung juristischer Personen nach den Bestimmungen unseres positiven Rechts für möglich halten, darf wohl als ein unverwerfliches Zeugniß für ihre Wahrheit angesehen

dings ist es nicht gerade schlechthin nothwendig, daß die Persönlichkeit durch einen besonderen Regierungsact ihr Daseyn erhalte; so kann denn auch im Voraus gesetzlich bestimmt seyn, daß einer zu gewissen Zwecken eingegangenen Vereinigung von Personen, oder auch gewissen durch Privatwillkühr getroffenen Einrichtungen, das Recht einer Person zustehen solle. Indessen nach den obigen Vordersätzen wird man zugeben müssen, daß eine solche, im Voraus erfolgte, Bestätigung nur angenommen werden dürfe, wenn sie auf einer durchaus klaren und zweifellosen gesetzlichen Bestimmung beruht; es muß m. a. W. feststehen, nicht nur, daß gewisse Verbindungen rechtserlaubte seyen, oder ein gewisser von Privatpersonen gewollter Zweck an sich rechtlichen Effect habe, sondern auch, daß das Gesetz denselben die Wirkung beilege, als eigentliches Rechtssubject zu bestehen und als solches rechtlich geschützt zu werden.

Die ältesten Arten der den Römern bekannten Personen mit privatrechtlichem Charakter waren Vereine, oder

werden. So äußert sich Northoff a. a. O. S. 93 f. hierüber auf folgende Art: „damit überhaupt Etwas als Person oder als Rechtssubject im Staate da stehe, ist Genehmigung oder Anerkennung dieser Eigenschaft durch den Staat erforderlich. Es giebt nach positivem Recht überhaupt kein Rechtssubject, ohne daß dasselbe durch den Staat, durch den Gesammtwillen der bürgerlichen Gesellschaft oder durch das Organ, mittelst dessen dieser auf gesetzmäßige Weise sich verkündet, als solches anerkannt sei. Dieser Satz findet sowohl auf physische als auf juristische Personen Anwendung. — — — Die Gleichheit des Gegenstandes erfordert nothwendig auch eine rechtliche Gleichheit der Voraussetzungen." — Vrgl. auch meine rechtliche Beurtheilung u. s. w. S. 148. S. 151 — 156.

Gesammtheiten einzelner Personen, welche sich zu bestimmten (besonders religiösen) Zwecken verbunden hatten, — personarum universitates, corpora, sodalitates u. s. w.[7]). — Nach Dirksen's Untersuchungen[8]) bildete die gemeinsame Feier bestimmter sacra, womit auch die nicht religiösen Genossenschaften vom Staate bewidmet wurden, die Grundbedingung der Existenz einer Corporation; es war daher das äußere Erkennungszeichen einer solchen, wurde aber auch wohl als Vorwand eines vom Staat beglaubigten Communalwesens gebraucht. Denn ausser der Bewilligung gemeinsamer sacra bedurfte es für diese Verbindungen noch einer besondern Beglaubigung oder Anerkennung von der Staatsregierung, um als juristische Personen zu gelten. Eine solche Anerkennung war für viele Zünfte schon in vorhistorischer Zeit erfolgt; später entstandene Genossenschaften benutzten aber häufig die ihnen verliehenen sacra, um auch ohne besondere Autorisation sich eigentliche Corporationsrechte beizulegen. Ein Senatusconsult aus dem Ende des siebenten Jahrhunderts nach Roms Erbauung nun verbot alle nicht ausdrücklich autorisirte Genossenschaften, und dies Verbot wurde in der Folge öfters erneuert, jedoch mit Zulassung gewisser Ausnahmen. Hierauf bezieht sich die bereits im vorigen Bande (S. 437 fgg.) angeführte Stelle aus dem Commentar des Gajus über das edictum provinciale[9]). Zuerst trägt hier der Jurist die so eben erwähnte gesetzliche Einschränkung mit

7) S. Dirksen über den Zustand der juristischen Personen nach röm. Recht (in dessen civilist. Abhandl. Bd. II. Abh. I.) S. 4 fg.

8) Dirksen a. a. O. S. 5—47.

9) L. 1. pr. u. §. 1. D. *quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur.* (III. 4.)

folgenden Worten vor: „Neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus haberi conceditur; nam et legibus, et senatusconsultis, et principalibus constitionibus ea res coercetur.“ Dann fährt er fort: nur wenigen Verbindungen seien Corporationsrechte gestattet; was aber wohl nicht heissen soll: es gebe überhaupt nur wenige Corporationen oder Genossenschaften mit dem Charakter einer juristischen Person, sondern: nur wenigen Verbindungen seien im Voraus durch die Gesetze Corporationsrechte zugestanden; ausserdem aber gebe es, in Rom und in den Provinzen noch manche besonders anerkannte Corporationen: „Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora, ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum, et salinarum [10]). Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum [11]), et quomodam aliorum, et navicularioram, qui et in provinciis sunt.“ — Uebrigens waren, wenigstens von dem Verbote, ausgenommen die coitiones religionis causa, falls sie sich nur nicht auf verbotene sacra bezogen [12]).

10) Also, den sich zu diesen Zwecken vereinigenden Genossenschaften werden im Voraus die Rechte juristischer Personen zugestanden.

11) Der Confirmationsacte für das collegium pistorum unter Trajan erwähnt Aurelius Victor histor. abbreviatae pars II. c. 13. Andere Beispiele s. bei *Jan.* Gruterus corp. inscription. Rom. p. 391. inscr. 1. u. p. 432. inscr. 1.

12) L. 1. §. 1. D. *de corporib. et colleg.* (XCVII. 22.) — Vrgl. Dirksen a. a. O. S. 24 fg.

Dies ungefähr ist das Resultat der Erörterungen von Dirksen über die Begründungsart der juristischen Personen im Röm. Staat. Wir dürfen dabei auf sich beruhen lassen, was über den Zusammenhang derselben mit den sacra gesagt wird, und namentlich die Frage: ob nicht die ausdrückliche Bewilligung von sacra zugleich eine förmliche Autorisirung einer Verbindung als Corporation enthalten habe? Jedenfalls erhält die Ansicht dieses Schriftstellers, daß ohne öffentliche Beglaubigung juristische Persönlichkeit nicht habe begründet werden können, hinreichende Bestätigung durch die dafür beigebrachten Gründe, und insonderheit auch durch die so eben erklärte Stelle des Gajus. Gleichgiltig ist es auch, ob man die hier vorkommende Notiz, daß gewisse Collegien in Rom durch Senatusconsulte und kaiserliche Constitutionen bestätigt seien, auf allgemeine Gesetze, oder — was größere Wahrscheinlichkeit für sich hat[13]) — auf besondere Regierungsacte bezieht, wodurch diese Corporationen ihr juristisches Daseyn erhielten.

Folgende Bemerkungen mögen indessen noch zu mehrerer Befestigung des Gesagten dienen und zugleich die eigentliche Beantwortung der aufgeworfenen Frage einleiten.

Der Begriff einer juristischen Person, so wie wir ihn im Römischen und heutigen Recht anerkannt finden, setzt einen bereits ausgebildeten Rechtszustand voraus. Es darf wohl angenommen werden, daß in frühester Zeit allenfalls zwischen erlaubten und unerlaubten Genossenschaften unterschieden, im Uebrigen aber das Rechtsverhältniß einer Genossenschaft lediglich nach ihrem Zwecke bestimmt worden sey, ohne daß man sich die Gesammtheit der einzelnen Individuen als ein einziges Rechtssubject dachte. Die erste

13) Vrgl. Bd. 39. d. Comment. S. 438.

Veranlassung zu dieser Vorstellung gab ohne Zweifel eine Vergleichung solcher Genossenschaften mit dem Staat und den diesen ähnlichen staatsgenossenschaftlichen Verbindungen. Die Idee einer subjectiven Einheit des ganzen Volks [14]) liegt so nahe, daß sie auch der vulgären Vorstellungsweise nicht fremd bleiben kann. Und ein Gleiches gilt von städtischen Gemeinheiten, welche, auch nachdem sie aufgehört hatten selbstständige Staaten zu bilden, doch im Aeusseren und Inneren die Einrichtung derselben beibehielten. Dadurch wurde man von selbst auf den Begriff einer vom Staat abgesonderten juristischen Persönlichkeit geführt, und diesen Begriff übertrug man denn auch leicht auf andere Genossenschaften, bei denen sich, neben anderen rechtlichen Interessen, auch ein Vermögen fand, als dessen Subject nicht der Einzelne, sondern das Ganze erschien. Diese Genossenschaften nahmen überhaupt, soviel als möglich, die städtischen Einrichtungen zum Muster, und so nahm man denn als wesentliches Merkmal und Kennzeichen juristischer Persönlichkeit an: das Vorhandenseyn einer Gemeindekasse, oder eines Vermögens, das in activer und passiver Hinsicht lediglich auf die Gesammtheit, nicht auf die einzelnen Mitglieder bezogen wurde [15]), — sodann, ähnliche Einrichtungen zur Verwaltung und Vertretung der gemeinsamen Interessen, wie sie in den Städten sich fanden: „Quibus autem permis-

14) L. 30. pr. D. *de usurp.* (XCI. 3.) — „Tria genera sunt corporum — — — — —; tertium, quod ex discantibus constat, ut corpora plura — uni nomini subjecta, *veluti populus*, legio, grex."

15) L. 7. §. 1. D. *quod cujuscunq. univ. nomine.* „Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod denet universitas, singuli debent."

sum est;" sagt Gajus in dem zweiten Theile der oben angeführten Stelle [16]): „corpus habere collegii, societatis, sive cujusque aeternis eorum nomine, proprium est *ad exemplum reipublicae* habere res communes, arcam communem [17]) et actorem sive syndicum, per quem, *tamquam in republica*, quod communiter agi fierique oporteat, agetur, fiat." Die städtische Communalverfassung war also das Vorbild für die übrigen Corporationen, und schon darum darf nicht bezweifelt werden, daß diese Verbindungen sich eben so wenig die Eigenschaft einer juristischen Person ohne höhere Autorisation beilegen durften, als städtische Communen sich willkührlich constituiren konnten. Und wenn gleich das Verbot eigenmächtiger Vereinigung zu Genossenschaftszwecken überhaupt als Regel bestand [18]), so folgt ja daraus noch nicht, daß erlaubte Verbindungen ohne Weiteres eine juristische Person bildeten; zum Ueberfluß werden auch die Verbindungen mit eigentlichen Corporationsrechten [19]) — mit Einrichtungen ad exemplum reipublicae, — sehr bestimmt, nicht etwa nur den uner-

16) L. 1. §. 1. D. *eod.*

17) Das Recht hierzu wurde bisweilen einzelnen Corporationen besonders verliehen. *J. L. H. de* Wassenaer diss. ad Tit. D. de colleg. et corporib. c. 5., in Fellenberg. jurisprud. antique T. I. p. 426.

18) L. 1. pr. u. §. 1. L. 3. §. 1. D. *de coll. et corp.* (XCVII. 22.) — S. Bd. 39. b. Comment. S. 435. Not. 57.

19) Aus der öfter angeführten Stelle des Gajus ersehen wir, daß für solche Verbindungen vorzugsweise der Ausdruck *corpus habere* gebraucht wurde. S. Bd. 39. S. 438. Not. 63.

laubten Collegien, sondern alle übrigen Verbindungen entgegengesetzt[20]). Selbst aber angenommen, daß die concessionirten Verbindungen durch die Concession nicht blos die Eigenschaft erlaubter, sondern auch zugleich juristische Persönlichkeit erhalten hätten, so erscheint ja darum noch der Schluß nicht gerechtfertigt: wo also höhere Genehmigung nicht erforderlich ist, damit eine Verbindung als eine erlaubte gelte, da hat jede Verbindung zu erlaubten Zwecken auch von selbst die Rechte einer juristischen Person! Dieser Schluß würde nur richtig seyn, wenn als oberster Grundsatz von jeher festgestanden hätte: erlaubte Verbindungen als solche haben das Recht einer juristischen Person; dies aber ist keineswegs der Fall, mithin darf auch nicht angenommen werden, daß, weil gesetzliche oder obrigkeitliche Bestätigung nicht mehr erfordert wird, damit die Verbindung überhaupt als eine erlaubte gelte, darum auch die Concession zum Zweck der Begründung juristischer Persönlichkeit erlassen sey[21]). Es ist daher

20) L. 1. §. 1. D. *quod cujusc. univ.*

21) Northoff a. a. O. S. 105 fg. gründet seinen Beweis, daß die Römer zur Entstehung einer juristischen Person eine besondere Autorisation nicht für nöthig erachtet hätten, lediglich auf die Behauptung: das röm. Recht unterscheide nur zwischen erlaubten und unerlaubten, nicht aber bei den ersteren wieder zwischen Verbindungen mit juristischer Persönlichkeit und ohne dieselbe. Nach den eignen (oben Note 6) referirten Prinzipien dieses Schriftstellers müßte derselbe aber zugestehen, daß überall nichts darauf ankomme, ob ein solcher Unterschied ausdrücklich aufgestellt sei, oder nicht; denn ist, wie er selber deduzirt, Genehmigung oder Anerkennung des Staats erforderlich, damit Etwas als Rechtssubject gelte, so liegt ja eine solche Anerkennung noch keineswegs darin, daß eine Verbindung für eine erlaubte oder

für unseren Gegenstand durchaus gleichgiltig, ob der Grundsatz des Röm. Rechts, jede, nicht durch Gesetz oder Staatsgenehmigung gestattete Verbindung ist in der Regel für eine unerlaubte zu halten, im heutigen Rechte anerkannt sey, oder nicht. Uebrigens kennt die neuere Zeit allerdings ähnliche (nur nicht so allgemein lautende) Beschränkungen [22a]); nie aber ist deswegen behauptet worden, daß Verbindungen, welche ohne obrigkeitliche Genehmigung überhaupt nicht existiren dürfen (wie z. B. Lesezirkel der Studirenden) durch die Genehmigung von selbst den Charakter einer juristischen Person erhalten! — Endlich ist unsere Frage auch vollständig durch das canonische Recht entschieden, welches ausdrücklich bestimmt, daß eine Genossenschaft die Rechte einer juristischen Person erst durch höhere Genehmigung erhalten könne [22b]).

Hatte man sich nun einmal daran gewöhnt, Etwas außer dem einzelnen Menschen als besonderes Rechtssub-

geduldete erklärt wird. Wie willkührlich ist aber außerdem die Voraussetzung, daß auch in der L. 1. D. cit. nur die erlaubten und unerlaubten Verbindungen, und nicht vielmehr die Verbindungen mit eigentlichen Corporationsrechten allen übrigen entgegengesetzt werden (S. 106). Endlich widerspricht sich der Verfasser auch gerade, wenn er von der förmlich constituirten, wie von den verbotenen Gesellschaften noch die blos geduldeten unterscheidet (S. 107); was läßt sich unter diesen wohl anders verstehen, als: erlaubte Verbindungen, jedoch ohne das Recht juristischer Persönlichkeit? — Uebrigens bekennt er sich vollständig zu unserer Ansicht durch die Bemerkung, daß gewohnheitsrechtlich spezielle Staatsgenehmigung zur Begründung eines Collegium mit juristischer Persönlichkeit erfordert werde; S. 112 a. E. fg.

22a) S. Bd. 39. d. Comment. S. 435. Not. 57.

22b) Cap. 14. X. *de excessib. praelator.* (V. 31.)

ject im Staate zu denken und gleichsam als Person zu bezeichnen, so lag es sehr nahe, diesen Begriff auf Alles anzuwenden, wofür ein ähnlicher rechtlicher Schutz, so wie die Möglichkeit Rechte zu erwerben und mit Bebindlichkeiten belastet zu werden, anerkannt war. So auf die hereditas, wobei die Person des Verstorbenen auf gewisse Weise als physisch noch fortdauernd gedacht wurde [23]); ferner auf die Göttertempel und das zu denselben gehörige Vermögen, so wie späterhin auf die christliche Kirche und die milden Stiftungen, deren Persönlichkeit auf ähnliche Weise an die, als noch wirklich existirend gedachten, Personen der Gottheiten u. s. w. geknüpft wurde [24]). Die Persönlichkeit der hereditas bedurfte einer besondern Begründung natürlich nicht, indem sie die vermögensrechtlichen Verhältnisse eines vollkommenen Rechtssubjects repräsentirte; den Gottheiten, wenigstens den nicht schon ursprünglich in Rom verehrten, mußten erst die Civität, in allgemeiner oder besonderer Beziehung, verliehen werden, um als Rechtssubject zu gelten [25]). Durch die öffentliche Anerkennung der christlichen Kirche war auch zugleich die juristische Persönlichkeit derselben anerkannt; doch hielte der Kaiser Constantin es für nöthig, der Kirche die Erbfähigkeit ausdrücklich zu verleihen [26]). Nun hatten aber die einzelnen Kirchen und sonstigen religiösen Anstalten in vermögensrechtlicher Beziehung ihre selbst-

23) S. Bd. 39. d. Comment. S. 443. Note 75.

24) Bd. 39. d. Comment. S. 443 fg.

25) Vrgl. Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 6. und dazu Schulting not. 15. auch Bd. 39. d. Comment. S. 444.

26) L. 1. C. *de sacros. eccles.* (I. 2.), oder L. 4. Pr. C. *de episc. eccles. et cler.* (XVI. 2.)

ständigen, von denen der übrigen verschiedenen, Interessen; es bedurfte daher besonderer rechtlicher Bestimmungen darüber, wie es gehalten werden solle, wenn Jemand ohne nähere Bezeichnung der Kirche oder Anstalt liberale Anordnungen, geradezu für die Kirche, oder für solche Zwecke treffe, welche mit derselben in genauer Verbindung stehen. Hievon ist bereits an einem andern Orte [27]) ausführlich gehandelt worden. Andere gesetzliche Bestimmungen betrafen den Fall, wenn die Verfügung sich auf eine noch nicht vorhandene Stiftung bezog, — wenn also die Stiftung einer Kirche oder einer andern religiösen Anstalt dadurch beabsichtigt wurde; mit diesen haben wir es hier eigentlich zu thun.

Schon in einer Constitution Zeno's [28]) war verordnet: wenn Jemand einen Heiligen oder Engel in Beziehung auf ein denselben erst zu stiftendes Bethhaus ein Geschenk mache, so solle wieder ihn selbst oder wieder seine Erben ein Zwang zur Ausführung Statt finden; und ein Gleiches gelte auch, wenn das Geschenk sich auf ein Hospital, Kranken- oder Armenhaus beziehe: in solchen Fällen solle den Bischöfen oder Oekonomen die Erfüllungsklage zustehen, die Einrichtung und Verwaltung (ἡ διοίκησις) aber nach den Absichten und Vorschriften des Stifters erfolgen. Genauere Vorschriften über die Art und Weise der Ausführung, wenn die Stiftung durch Testament (durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß erfolgt, enthalten zwei Gesetze Justinians, L. 46. C. *de episc. et cler.* und die Nov. 131. c. 10., die bereits am Schluß des vorigen Bandes (S. 467—470) erklärt

27) Th. 39. d. Comment. S. 415—466.

28) Es ist dies die L. (restituta) 15. C. *de sacr. eccles*

sind. Hieher gehört aber insonderheit noch die Bestimmung desselben Kaisers, daß Niemand den Bau eines Klosters, einer Kirche oder eines Bethauses beginnen solle, bevor nicht der Bischof durch eine feierliche Prozession, durch eine Rede und durch Aufstellung des heil. Kreuzes den Ort geweiht habe; werde dies nicht beobachtet, so sei kein Andachtshaus, sondern ein unerlaubter Schlupfwinkel errichtet [29]). Aehnliche Vorschriften finden sich im canonischen Recht, unter Hinzufügung noch anderer Solennitäten, ohne deren Beobachtung die Stiftung nicht giltig sei [30]).

Es muß hier indessen zweier Gegenargumente gedacht werden, welche man den aus diesen gesetzlichen Bestimmungen abgeleiteten Consequenzen entgegengestellt hat. — Das erste ist: die Stellen, worin jene Solennitäten vorgeschrieben seien, dürften nur von dem Bau, nicht aber von der Stiftung der Kirche verstanden werden [31]). Diese Beschränkung ist aber eben so willkührlich, als in sich widersprechend. Denn wenn das Gesetz die nicht förmlich geweihte Kirche für einen verbotenen Schlupfwinkel erklärt, so ist doch wohl klar genug, daß die kirchliche Anstalt vor der Weihe auf rechtlichen Schutz, oder auf persönliche Existenz, überall noch keinen Anspruch machen könne! Zwar kann gerne zugegeben werden, daß in frühester Zeit religiöse Gesellschaften, welche sich zu einem abgesonderten Leben und gemeinschaftlichen Andachtsübungen verbanden (Klöster, wie sie in der Folge ge-

29) Nov. 67. c. 1. Nov. 131. c. 7.

30) c. 9. D. I. *de consecrat.* — Vrgl. c. 10—14. Qu. II. C. XVIII.

31) Elvers a. a. O. S. 172.

ständigen, von denen der übrigen verschiedenen, Interessen; es bedurfte daher besonderer rechtlicher Bestimmungen darüber, wie es gehalten werden solle, wenn Jemand ohne nähere Bezeichnung der Kirche oder Anstalt liberale Anordnungen, geradezu für die Kirche, oder für solche Zwecke treffe, welche mit derselben in genauer Verbindung stehen. Hievon ist bereits an einem andern Orte [27]) ausführlich gehandelt worden. Andere gesetzliche Bestimmungen betrafen den Fall, wenn die Verfügung sich auf eine noch nicht vorhandene Stiftung bezog, — wenn also die Stiftung einer Kirche oder einer andern religiösen Anstalt dadurch beabsichtigt wurde; mit diesen haben wir es hier eigentlich zu thun.

Schon in einer Constitution Zeno's [28]) war verordnet: wenn Jemand einen Heiligen oder Engel in Beziehung auf ein denselben erst zu stiftendes Bethhaus ein Geschenk mache, so solle wieder ihn selbst oder wieder seine Erben ein Zwang zur Ausführung Statt finden; und ein Gleiches gelte auch, wenn das Geschenk sich auf ein Hospital, Kranken- oder Armenhaus beziehe: in solchen Fällen solle den Bischöfen oder Oekonomen die Erfüllungsklage zustehen, die Einrichtung und Verwaltung (ἡ διοίκησις) aber nach den Absichten und Vorschriften des Stifters erfolgen. Genauere Vorschriften über die Art und Weise der Ausführung, wenn die Stiftung durch Testament (durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß erfolgt, enthalten zwei Gesetze Justinians, **L. 46. C.** *de episc. et cler.* und die **Nov. 131. c. 10.**, die bereits am Schluß des vorigen Bandes (S. 467—470) erklärt

27) Bd. 39. d. Comment. S. 445—466.

28) Es ist dies die L. (restituta) 15. C. *de sacr. eccles.*

sind. Hieher gehört aber insonderheit noch die Bestimmung desselben Kaisers, daß Niemand den Bau eines Klosters, einer Kirche oder eines Bethauses beginnen solle, bevor nicht der Bischof durch eine feierliche Prozession, durch eine Rede und durch Aufstellung des heil. Kreuzes den Ort geweiht habe; werde dies nicht beobachtet, so sei kein Andachtshaus, sondern ein unerlaubter Schlupfwinkel errichtet [29]). Aehnliche Vorschriften finden sich im canonischen Recht, unter Hinzufügung noch anderer Solennitäten, ohne deren Beobachtung die Stiftung nicht giltig sei [30]).

Es muß hier indessen zweier Gegenargumente gedacht werden, welche man den aus diesen gesetzlichen Bestimmungen abgeleiteten Consequenzen entgegengestellt hat. — Das erste ist: die Stellen, worin jene Solennitäten vorgeschrieben seien, dürften nur von dem Bau, nicht aber von der Stiftung der Kirche verstanden werden [31]). Diese Beschränkung ist aber eben so willkührlich, als in sich widersprechend. Denn wenn das Gesetz die nicht förmlich geweihte Kirche für einen verbotenen Schlupfwinkel erklärt, so ist doch wohl klar genug, daß die kirchliche Anstalt vor der Weihe auf rechtlichen Schutz, oder auf persönliche Existenz, überall noch keinen Anspruch machen könne! Zwar kann gerne zugegeben werden, daß in frühester Zeit religiöse Gesellschaften, welche sich zu einem abgesonderten Leben und gemeinschaftlichen Andachtsübungen verbanden (Klöster, wie sie in der Folge ge-

29) Nov. 67. c. 1. Nov. 131. c. 7.

30) c. 9. D. I. *de consecrat.* — Vrgl. c. 10—14. Qu. II. C. XVIII.

31) Elvers a. a. O. S. 172.

nannt wurden), keiner Bestätigung oder besonderen Weihe bedurften, um als rechtlich erlaubte Genossenschaften zu bestehen [32]). Indessen lag hierin doch nur die Anwendung des römischen Grundsatzes: **religionis (sc. licitae) causa coire non prohibentur** [33]); daß diesen Verbindungen ohne Weiteres Corporationsrechte zugestanden wären, dafür wird man schwerlich irgend einen Beleg aufzufinden im Stande seyn. Immerhin mag man daher annehmen, daß, als späterhin die Stiftung von Klöstern ohne höhere Genehmigung und kirchliche Weihe verboten wurde, mit dieser zugleich eigentliche Corporationsrechte für das Kloster eintraten; wie folgt denn daraus, daß vor jenem Verbot religiöse Gesellschaften sich eigenmächtig diese Rechte beilegen durften? Ja, selbst wenn der angeführte röm. Rechtssatz (*religionis* **causa coire non prohibentur**) diesen Sinn gehabt hätte, so würde darin doch nur eine im Voraus erklärte gesetzliche Anerkennung solcher Gesellschaften liegen, keineswegs aber eine Anerkennung des Prinzips, daß zur Begründung von Corporationsrechten höhere Autorisation überhaupt nicht erforderlich sey. Dafür würde dies eben so wenig etwas beweisen, als wenn man diesen Beweis darauf stützen wollte, daß wohl einmal die eine oder die andere klösterliche Verbindung ohne höhere Anerkennung Corporationsrechte erhalten habe; denn das kann man ohne Weiteres, sogar in noch größerer Ausdehnung, zugeben, indem wohl kaum zu bezweifeln ist, daß die zu der Zeit, wo die Gesetze zur rechtsgiltigen Existenz der Klöster deren feierliche

32) Vrgl. Northoff a. a. O. S. 111. 112. und die daselbst angeführten Belege.

33) L. 1. §. 1. D. *de colleg. et corporib.*

Einweihung erforderten, bereits bestehenden Vereine dieser Art, sich alle Rechte der auf legale Weise constituirten Klöster anmaßten, und darin denn auch späterhin auf den Grund unvordenklicher Ausübung geschützt wurden. — Uebrigens räumen unsere Gegner selbst den Grundsatz unbedingt ein, daß kirchliche sowohl als weltliche Corporationen nur durch Bestätigung der Kirchen- oder Staatsoberen juristische Persönlichkeit erhalten können [34]).

Prüfen wir jetzt das zweite Gegenargument: es dürfe von Kirchen und Klöstern kein Schluß auf alle piae causae gemacht werden [35]). — Man sieht es diesem Argument bald an, daß es nur eines besondern Falles wegen erdacht sey, um nämlich einer Privatstiftung ohne kirchlichen Charakter Anerkennung zu verschaffen. Zuerst wird aus dem wesentlichen Zusammenhange der milden Stiftungen mit der Kirche die Möglichkeit abgeleitet, sie durch bloße Privatstiftung zu begründen [36]), gesetzliche Beschränkungen aber sollen darum nicht auf sie Anwendung finden, weil sie nur für Kirchen und Klöster ausgesprochen seien! Indessen läßt sich dies allenfalls aus den Quellen selbst widerlegen. — Römisches und canonisches Recht kennen überhaupt keine anderen pia cor-

34) Elvers a. a. O. S. 180—184. Northoff a. a. O. S. 112 a. E. fg. Dieser Schriftsteller meint indessen, daß dies nur der Praxis zuzuschreiben sey (gegen die durchaus deutliche Bestimmung des cap. 14. X. *de excessib. praelator.* V. 31.), um sich mit desto mehr Fug auf eine angeblich entgegenstehende Praxis in Ansehung der milden Stiftungen berufen zu können. Wie es sich mit dieser Praxis verhalte, werden wir bald sehen.

35) Elvers a. a. O. S. 172.

36) S. Bd. 39. d. Comment. S. 448 fg.

pora, wie solche, welche rein wohlthätigen Zwecken dienen, als: Armenhäuser, Waisenhäuser, Krankenhäuser, Findelhäuser, eigentliche Hospitäler (d. h. ursprünglich die zur Aufnahme und Pflege armer Fremder bestimmten Anstalten, gewöhnlich Xenodochia genannt), u. s. w. Diese Institute nun, wie überhaupt die ganze Armenpflege, standen in der genauesten Verbindung mit der Kirche[37]), ja es wird der Ausdruck venerabilis domus (σεβάσμιος οἶκος) von denselben eben so gut, wie von den Kirchen und Klöstern gebraucht[38]); denn auch sie wurden gewöhnlich Christo oder einem Heiligen gewidmet und regelmäßige Andachtsübungen mit ihnen verbunden, wie sich denn dies, zum Theil bis auf die neuesten Zeiten, selbst noch in protestantischen Ländern erhalten hat. So verstand sich denn die für die Kirchen und Bethäuser vorgeschriebene bischöfliche Weihe nach römischem Recht hier ganz von selbst. — Denselben Zusammenhang der Wohlthätigkeitsanstalten nun mit der Kirche finden wir im canonischen Recht wieder; auch wird in einem Decretale Pabst Urbans IV. (nach Anderen III.) bei Gelegenheit der Frage, ob ein Hospitalgebäude zu weltlichen Zwecken angewendet werden könne, bezeugt, daß eine päbstliche Weihe der für die Armen oder zum Bau eines Hospitals bestimmten Plätze üblich sey: „Ad haec — respondemus, quod, si locus ad hospitalitatis usum et pauperum provisionem fuerit, *sicut moris est*, auctoritate pontificis destinatus, cum sit religiosus, non debet mundanis usibus deputari, sicut de vestibus et ligneis vasis, et aliis utensilibus, ad

37) Ebendas. S. 449.

38) S. z. B. L. 17. C. *de sacros. eccl.* Nov. 131. c. 10.

cultum religionis per pontificem deputatis, antiqua consuetudo indubitanter observat, et venerabilium patrum edocent sanctiones [39]."

Inzwischen geschah dies nicht immer, und hierauf hat man denn den Beweis zu gründen gesucht, daß milde Privatstiftungen auch ohne höhere Bestätigung die Eigenschaft einer juristischen Person erhalten können: es beruhe dies auf entschiedener Praxis, welche die Autorität der ältesten Civilisten und Canonisten für sich habe [40]. — Wir wollen sehen, welche Bewandniß es mit dieser Praxis habe. — Die älteren Schriftsteller stritten darüber: ob ein den Armen (durch Schenkung oder Testament) zugewandtes Grundstück, ferner, ob ein Hospital ohne bischöfliche Bestätigung die Eigenschaft eines pius locus habe, oder nicht? Sehen wir nun auch noch ganz davon ab, wie die Entscheidung hierauf lautet, so drängt sich doch zuvörderst die Frage auf: ist denn jener Streit identisch mit dem, ob die Stiftungen ohne höhere Bestätigung das Recht einer juristischen Person erhalten? Der neueste Verfechter der hier zu bekämpfenden Ansicht gesteht unumwunden zu, daß eine Identität beider Fragen nicht vorhanden sey, meint übrigens, die Persönlichkeit der Stiftungen werde dabei als etwas Unbestrittenes vorausgesetzt [41]. Auf welchen Gründen diese Voraussetzung beruhe? ist nicht eigentlich gesagt; doch legt der Verfasser das meiste Gewicht darauf, daß entschieden werde: allerdings sey ein für die Armen bestimmter Platz oder ein

39) Cap. 4. X. *de religios. domib.* (III. 36.)

40) Elvers a. a. O. S. 74—80. S. 184 fg. Northoff a. a. O. S. 113.

41) Northoff a. a. O. S. 114.

Hospital auch ohne bischöfliche Bestätigung **pius locus**, wenigstens im weiteren Sinne, nur nicht **locus religiosus**, oder **pius locus** im engeren Sinne, d. h. kein eigentlich kirchlicher Ort [42]). Fragen wir daher vor allen Dingen: in welchem Sinne nahmen die älteren Schriftsteller ihre Frage, und wie beantworten sie solche? (Ich beschränke mich hierbei übrigens auf die Anführung solcher, auf welche die verschiedenen Parteien Bezug zu nehmen pflegen, zumal da sich bei denselben Andere in reicher Anzahl, und unter Angabe ihrer Meinungen genannt finden.) Am vollständigsten erklärt sich hierüber Ant. Gabrieli [43]); wir ersehen aus ihm, daß es hierbei hauptsächlich auf folgende Wirkungen ankam: ob es zur Vornahme von Veräußerungen der **solennitas ecclesiastica** bedürfe, — ob eine Secularisation möglich sey, — ob den Bischöfen von den Einkünften und Anfällen die **canonica portio** (der vierte Theil) gebühre, — ob die Privilegien der **piae causae** zur Anwendung kommen können, als: die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gleich den Minderjährigen, die begünstigtere Form des Erwerbs (durch s. g. **dispositiones ad pias causas**), die Freiheit des Abzugs von der Falcidischen Quart in Ansehung dessen, was ihnen durch Testament zugewendet werde, das Verjährungsprivilegium u. s. w.? Manche machten dies Alles schlechthin davon abhängig, ob dem Platz oder der Anstalt die Eigenschaft eines **pius locus** zustehe, oder nicht; Andere unterschieden (wenigstens in Ansehung der einen oder der anderen jener Folgen) zwischen den eigentlichen Stiftungsgütern (**dos principalis hospita-**

42) Ebendas. S. 113 fg.

43) Er starb als **Adv. fisci** in Rom 1555.

lis) und zwischen dem sonstigen Vermögen der Anstalt (aliae obventiones vel bona relicta); noch Andere wollten Unveräußerlichkeit und die Privilegien jedenfalls auf Alles, was milden oder wohlthätigen Zwecken diene, angewandt wissen, indem sie sagten, ohne die bischöfliche Autorisation sey doch allemal die Eigenschaft eines pius locus vorhanden, wenn auch nicht die eines locus religiosus [44]. Gabrieli selbst äußert sich auf folgende Art: es sey die Ansicht, wonach ein unbestätigtes Hospital kein locus pius sey, die gemeine; es dürfe aber angenommen werden, daß es unter höherer Autorität errichtet sey, wenn daselbst Glockengeläut sich fände und öffentlicher Gottesdienst gehalten werde, oder wenn das Hospital seit unvordenklicher Zeit als solches bestanden habe [45]. Hiernächst führt er die Meinungen, wonach

44) *Ant.* Gabrielii communes conclusiones (Frf. 1576.) Lib. VI. concl. 2.

45) Gabrielius l. l. Nr. 5. 6. Hiernächst erwähnt er noch (in den Nr. 7 u. 8) die Meinung Einiger, daß eine Privatstiftung dieser Art, wenn sie entweder ausdrücklich als eine immerwährende errichtet, oder der Stifter bereits gestorben sei, nicht wieder zurückgenommen werden könne, sondern nunmehr pius locus sey. Ständen diese Sätze ganz allein, so würde (da er sich hierüber nicht weiter äußert) allerdings angenommen werden müssen, daß er diese Meinung billige. Da dies aber mit seinen sonstigen Aeußerungen durchaus unverträglich ist, so darf höchstens das als von ihm gebilligt angesehen werden, daß unter den angeführten Umständen eine willkührliche Zurücknahme der Stiftung nicht mehr geschehen könne, und insofern das Hospital jetzt die Eigenschaft eines pius locus erhalte, als es nunmehr den unter der Kirche stehenden Armenanstalten angehöre.

die oben erwähnten Rechtsverhältnisse eines plus locus auch auf ein Privathospital zu beziehen seyen, als entgegenstehende an, billigt mithin stillschweigend die verneinende Ansicht, und am Schluß bemerkt er noch, unter Berufung auf Baldus und andere Schriftsteller, daß der Vorzug der Zuwendungen ad pias causas einem Hospital nur zu Statten komme, wenn es unter bischöflicher Autorität errichtet sey; man sieht also, daß sogar dies streitig war.

Der Cardinal Domin. Tuschus, auf welchen sich die Gegner vorzugsweise berufen, erklärt zuvörderst, daß ein „locus relictus per laicum ad usum pauperum sine auctoritate episcopi,“ selbst dann ein pius locus sey, wenn der Testirer bestimmt habe, daß er nicht unter der Kirche stehen, sondern von weltlichen Vorstehern administrirt werden solle, mithin als pius locus frei von Abgaben sey, gleich der Kirche [46]). Offenbar hat Tuschus hierbei die Bestimmungen des röm. Rechts vor Augen, daß ein Testirer bei Erbeinsetzungen und Vermächtnissen zum Besten der Armen festsetzen dürfe, wie seine Disposition auszuführen sey, und welche Personen die Aufsicht darüber führen sollten, ja sogar den Bischöfen die Einmischung untersagen könne, ohne daß darum

46) Tuschi pract. concl. jur. T. VI. (Rom. 1606), concl. 338. Nr. 1. Unter der zweiten Nr. fügt er hinzu: „vide tamen Abbatem — —, ubi, quod privata persona non potest facere locum pium.“ Daß hierin keine Anerkennung dieser Meinung des Abbas liege, will ich gerne glauben; daß Tuschus sich indessen in Ansehung der Frage (worauf es hier eigentlich nur ankommt): ob Privathospitäler pia loca seyen, verneinend erklärte, ist außer allem Zweifel.

die Stiftung von der Kirche und der Aufsicht der Bischöfe ganz und gar losgerissen werde[47]). Bei Dispositionen dieser Art (Erbeinsetzungen und Vermächtnissen für die Armen) aber kann von juristischer Persönlichkeit nicht anders die Rede seyn, als wenn der Stifter seinen Zweck durch Begründung einer bleibenden Anstalt, eines Waisenhauses, Hospitals u. s. w. zu erreichen sucht. Gerade nur in Beziehung auf solche Anstalten sagt Tuschus ganz unumwunden und in einem solchen Zusammenhange, daß seine Ansicht durchaus nicht zweifelhaft seyn kann, sie hätten nicht die Eigenschaft von pia loca, falls sie nicht unter bischöflicher Autorität entstanden seyen[48]).

47) L. 46. C. *de episc. et cler.* Nov. 131. c. 10. — S. Bd. 39. d. Comment. S. 456 fg.

48) Einen anderen Zusammenhang will Northoff (a. a. O. S. 114) in der Darstellung von Tuschus finden. Ich kann hierbei nichts weiter thun, als für die Leser, welche diesen Schriftsteller nicht zur Hand haben, die Sätze in dem Zusammenhange darzustellen, in welchem sie sich bei Tuschus finden, wobei ich noch bemerke, daß die einzelnen Nummern im Original durch Absätze unterschieden werden. Im Eingange steht der oben hervorgehobene Satz wegen des locus ad usum pauperum relictus mit der Verweisung auf die entgegenstehende Ansicht des Abbas (Nr. 1 u. 2), worauf denn von einigen Verschiedenheiten und Aehnlichkeiten solcher Sachen und der unter bischöflicher Autorität gestifteten pia loca die Rede ist (Nr. 3 — 7). Hierauf folgt die Bemerkung, „pia loca dicuntur omnia, in quibus exercentur opera pietatis“ (Nr. 8); aber mit dem Zusatz: „Hospitalia dicuntur pia loca, quando auctoritate episcopi sunt erecta, *alias secus*“ (Nr. 9), wozu Gabrieli citirt wird (Nr. 9), der ja ebenfalls, wie wir oben gesehen haben, diese Ansicht hat.

und da die Privatstiftung von Hospitälern u. dgl. gewiß nicht minder begünstigt seyn kann, als eine sonstige Disposition zu Gunsten der Armen, so liegt hierin gewiß eine sehr bestimmte Anerkennung des Grundsatzes, daß juristische Persönlichkeit ohne höhere Autorisation nicht begründet werden könne. Es würde ja auch ein sicheres Unterscheidungsmerkmal von juristischen Personen sich schwerlich auffinden lassen, wollte man die eigentlichen Vorrechte einer pia causa auf solche Privatstiftungen beziehen.

Ganz auf ähnliche Art nimmt auch Andreas Tiraquellus[49] an, daß die einem Hospital gemachten testamentarischen Zuwendungen nur dann als relictum ad pias causas betrachtet werden können, wenn dasselbe unter bischöflicher Autorität errichtet worden, und bezeugt zugleich, daß dies die gemeine Meinung sey[50]; wogegen die Vermächtnisse für Arme, für Wittwen und Waisen, stets als legata ad pias causas betrachtet werden müßten[51].

Es ist also wohl ohne Weiteres klar, daß die angebliche Praxis auf eine gemeine Meinung, welche die Privathospitäler als pia corpora betrachtet hätte, nicht gestützt werden kann. Man könnte indessen den Beweis dafür darin finden (worauf denn auch von den Gegnern hingedeutet wird), daß doch jedenfalls die Existenz

49) In seinem Tr. de privilegiis piae causae (opp. ed. Francof. Tom. V. p. 4 sqq.)

50) *Andr.* TIRAQUELLUS l. l. p. 4. („Id quod *plerique* intelligunt procedere, *modo sit hospitale constructum authoritate episcopi*“).

51) l. l. p. 5.

von Privathospitälern entschieden vorausgesetzt wird, der Streit sich mithin lediglich darauf bezogen habe, ob denn auch die Rechtsverhältnisse und Privilegien der piae causae auf diese anzuwenden seyen?

Was nun die Existenz von Privathospitälern anbetrifft, so ist diese allerdings nicht zu läugnen, und so zu erklären: So wie die ganze Armenpflege, und die Verwendung der den Armen zugewendeten Erbschaften und Vermächtnisse, so war auch die Ausführung von liberalen Dispositionen, wodurch die Stiftung eines Waisenhauses, Armenhauses u. s. w. bezweckt wurde, so wie die Leitung derselben und die Administration der dazu gehörigen Güter regelmäßig den Bischöfen untergeben [52]). Diese sorgten dann auch wohl stets für die Errichtung eines Bethauses und überhaupt einer regelmäßigen Andachtsübung, wodurch denn die religiöse Wehie unumgänglich nöthig wurde. Nun aber durfte der Stifter aber auch weltliche Administratoren ernennen und sogar bestimmen, daß dem Bischof und seinem Oeconomus alle Einmischung in die Leitung und Administration des Instituts untersagt seyn solle. Nichtsdestoweniger blieb die Stiftung in mancher Beziehung mit der Kirche und deren Vorstehern genau verbunden. Der Bischof hat stets darauf zu sehen, daß Alles nach der Vorschrift und Absicht des Stifters eingerichtet und ausgeführt werde und tritt ganz an die Stelle des Erben, Testamentsexecutors, oder der Vorsteher, wenn diese sich saumselig beweisen, oder sonst ihre Pflicht nicht erfüllen [53]). Ein Gleiches war ohne Zweifel

52) Bd. 39. d. Comment. S. 449 fg.

53) L. 46. L. 49. D. *de episc. et cler.* Nov. 131. c. 11. Bd. 30. d. Comment. S. 455 fg.

auch der Fall, wenn die ernannten Vorsteher mit Tode abgegangen waren und der Stifter nicht schon hierauf im Voraus Rücksicht genommen hatte. Und wenn mit einer solchen Stiftung ein Bethaus oder Betsaal verbunden wurde, so bedurfte es dazu jedenfalls der bischöflichen Weihe, durch welche denn die Anstalt den Charakter und die Rechte eines σεβάσμιος οἶκος (venerabilis domus) erhielte. Ueblich scheint diese Verbindung, in früheren Zeiten wenigstens, gewesen zu seyn; ob sie aber zum Bestande von Privatstiftungen dieser Art als etwas Wesentliches, unumgänglich Nothwendiges, erschien? das ist eine Frage, worüber sich nach den uns aufbehaltenen gesetzlichen Vorschriften nicht mit Sicherheit entscheiden läßt. Als gewiß ist anzunehmen, daß eine gottesdienstliche Einrichtung, oder doch, wenn auch die Bewohner eines Hospitals sich zu gemeinschaftlichen Andachtsübungen versammelten, die bischöfliche Weihe bei diesen Privatstiftungen, in späterer Zeit häufig unterblieb. So erklärt sich denn leicht, wie der Gegensatz zwischen Privathospitälern und den unter höherer Autorität gestifteten aufkommen konnte, und eben so die Entstehung der Controverse, ob Privatstiftungen pia loca seyen, so wie die Art und Weise, wie diese Streitfrage, wenigstens von der Mehrzahl der Juristen entschieden wurde. Es muß hier in dieser Hinsicht noch Folgendes bemerkt werden.

Justinian entschied, daß Schenkungen zu einem wohlthätigen oder frommen Zweck — zum Besten der Armen, der Kirchen, eines Waisenhauses, eines Krankenhauses u. s. w. — auch wenn sie die Summe von 500 solidi übersteigen, frei seyn sollten von der Nothwendigkeit gerichtlicher Insinuation[54]. — Alles nun, was

54) L. 19. C. *de sacros. eccles.*

geradezu (d. h. nicht durch Stiftung eines Hospitals) den Armen, Kranken u. s. w. durch liberale Verfügungen zugewendet wird, kann als Zuwendung an eine juristische Person nicht betrachtet werden[55]); wenn auch noch so oft die Armen u. s. w. desselben Orts durch Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Schenkungen bedacht werden, so kann man doch nie sagen, die spätere Verfügung sey als eine der früheren Stiftung gemachte Zuwendung anzusehen, sondern die sämmtlichen Dispositionen bestehen als völlig verschiedene und von einander unabhängige oder selbstständige neben einander. Die Vorrechte der piae causae, sofern sie nicht etwa eine bestimmte Persönlichkeit zu ihrer Anwendung voraussetzen, auch auf solche Anordnungen zu beziehen, hat nicht das mindeste Bedenken, als: auf Befreiung von der Nothwendigkeit gerichtlicher Insinuation, von öffentlichen Abzügen, von der Quarta Falcidia[56]) u. a. Ein Gleiches muß denn natürlich auch von den zur Stiftung eines Hospitals oder anderer wohlthätigen Anstalten bestimmten Fonds gelten. Ganz anders dagegen verhält es sich, wenn einer bereits bestehenden Anstalt dieser Art etwas zugewendet wird. Die Möglichkeit des Rechtsbestandes solcher Dispositionen setzt an sich schon das Bestehen einer Persönlichkeit voraus, welche hier als erwerbendes Subject erscheint, und nur auf höchst künstliche, in der Anwendung nothwendig zu Verwirrungen führende Weise könnte ohne jene Voraussetzung die Geltung dieser Verfügungen

55) Bd. 39. d. Comment. S. 451 fg.

56) Ob diese Befreiung gesetzlich begründet sey, ist eine andere Frage; s. darüber Bd. 39. d. Comment. S. 459 fg. Note 7.

vermittelt werden, indem man nämlich sagte: es sey keine Person, sondern nur der nämliche Zweck, worauf die Verfügung sich beziehe, etwa eben so, wie wenn die Armen desselben Orts zu verschiedenen Zeiten bedacht werden! Vollends aber von Anwendung anderer Vorrechte der **pia corpora** (als z. B. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), kann schlechterdings nicht anders die Rede seyn, als wenn die Anstalt entweder selbstständige juristische Persönlichkeit hat, oder unmittelbar mit einer bereits bestehenden juristischen Person zusammenhängt und durch diese ihr Daseyn hat, z. B. ein als eigentlich kirchliche Anstalt zu betrachtendes Waisenhaus oder Hospital. — Justinian nun, in der oben (Note 54) angeführten Stelle, worin er die der **piae causae** zu machenden Schenkungen von der Nothwendigkeit gerichtlicher Insinuation entbindet, setzt bei Erwähnung der **nosocomia, orphanotrophaea** u. s. w. ganz außer Zweifel bereits bestehende Anstalten dieser Art voraus. Nun wird aber wohl Niemand sagen: weil der Kaiser liberale Zuwendungen an Waisenhäuser u. dgl. m. von der gemeinrechtlich nothwendigen Form entbinde, so habe er damit auch zugleich anerkannt, daß die Begründung solcher Anstalten mit dem Charakter juristischer Persönlichkeit durch bloße Privatstiftung geschehen könne! Es enthält weder diese, noch irgend eine andere Stelle unserer Rechtsquellen auch nur einen entfernten Grund dafür, daß dies je für möglich gehalten worden sey. Die Frage ist vielmehr nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Analogie besonderer Vorschriften über die Begründung juristischer Personen zu entscheiden; diese aber führen ganz bestimmt auf das Gegentheil. Denn, wie oben (S. 3 fg.) ausgeführt wurde, die Bestimmung: wem staatsbürgerliche Rechte zustehen?

kann von Privatwillkühr nicht abhängen; ferner ist die Nothwendigkeit gesetzlicher oder obrigkeitlicher Autorisirung für die gewöhnlichsten und früher allein bekannten Arten juristischer Personen im röm. Recht ausdrücklich anerkannt, gewiß aber darf nicht angenommen werden, daß für die Begründung der später erst aufgekommenen Arten derselben — worauf also ein bereits feststehender Begriff nur übertragen wurde — weniger erfordert worden seyn sollte, als für jene. Allerdings kann die gesetzliche Anerkennung auch aus solchen Rechtsbestimmungen gefolgert werden, zu deren Anwendung der Begriff einer Persönlichkeit nothwendig vorausgesetzt werden muß; so würde namentlich die Persönlichkeit der christlichen Kirche überhaupt, auch wenn man sich dafür nicht auf andere Gründe berufen könnte, schon dadurch anerkannt seyn, daß ihr Erbfähigkeit und das Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zugeschrieben wird [57]). Aber so wenig, wie dadurch die Stiftung besonderer Kirchen durch bloße Privatwillkühr möglich ist, eben so wenig folgt daraus, daß die kirchlichen Privilegien allen **pia corpora** verliehen sind, die Befugniß, einer Wohlthätigkeitsanstalt lediglich durch Privatstiftung die Eigenschaft eines **pium corpus** mitzutheilen. Damit stimmen denn auch die oben erwähnten Juristen (Gabrieli, Tuschus, Tiraquellus) und die von ihnen angeführten zahlreichen Autoritäten überein, wenn sie entscheiden: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Giltigkeit und Begünstigung gemachter Zuwendungen u. dgl. m. können auf Privathospitäler nicht bezogen werden, wenn gleich manche unter ihnen in

57) L. 1. C. *de sacros. eccles.* — cap. 1. 2. 3. X. *de do in cet. ryt.* (I. 41.)

anderer Hinsicht solchen Anstalten die Eigenschaft einer pia causa zustehen; immer geben sie durch ihre Entscheidung zu erkennen, daß die Eigenschaft einer juristischen Person denselben ohne höhere Bestätigung nicht zukomme.

Uebrigens ergiebt sich von selbst, daß diejenigen Schriftsteller, welche jene Entscheidung lediglich davon abhängig machen, ob bischöfliche Autorisation erfolgt sey, oder nicht? den milden Stiftungen juristische Persönlichkeit ohne Weiteres auf den Grund der bischöflichen Bestätigung und Weihe zugestehen. Ob dazu auch außerdem noch die Zustimmung der weltlichen Obrigkeit erfordert wurde, und ob diese in späterer Zeit wohl ganz und gar an die Stelle der Autorisation durch die Kirchenoberen getreten sey? das sind Fragen, worauf für die gegenwärtige Untersuchung wesentlich nichts ankömmt, indem hier nur zu zeigen war, daß bloße Privatautonomie zur Stiftung eines pium corpus mit Persönlichkeit nicht genüge, keineswegs aber, auf welche Art die höhere Genehmigung zu ertheilen sey. Nur Weniges möge daher hier darüber bemerkt werden. — Unbefangenen Forschern konnte es nicht entgehen, daß die Almosenpflege und die damit in Verbindung stehende Aufsicht auf die Hospitäler von den Kirchenoberen nicht etwa Kraft einer von selbst ihnen innwohnenden Machtvollkommenheit in Anspruch genommen werden dürfe, sondern, hervorgegangen aus dem innigen, dem häuslichen Familienbande so ähnlichen, Verhältnisse der christlichen Gemeinde zu ihren Lehrern, von den späteren Kaisern anerkannt, und durch Gesetze genauer bestimmt wurde. Diese Gesetze geben genugsam, namentlich durch die hinzugefügten Beschränkungen, zu erkennen, daß die Staatsgewalt nur die Ausübung eines

ihr zustehenden Rechts den Bischöfen übertrage, sich aber die suprema inspectio und beliebige Abänderung durch die Gesetze vorbehalte. So finden wir denn auch schon im früheren Mittelalter Hospitäler und ähnliche Anstalten, die lediglich von der weltlichen Obrigkeit abhiengen [58]), und sehr frühe schon existirt die Controverse, ob nicht zur Begründung aller piae causae die Genehmigung des Staats (das Placet oder Placetum regium) erforderlich sey? In neuerer Zeit wird diese Frage unbedenklich, selbst von katholischen Schriftstellern, bejaht [59]); in den protestantischen Ländern versteht sich dies ohnehin von selbst, und ist auch wohl nie bezweifelt worden [60]).

Bei so vielen übereinstimmenden Gründen und Zeugnissen wird denn wohl nicht erst bewiesen werden dürfen, daß es auch in der Praxis also gehalten werde [61]); doch

58) Vrgl. *J. H.* Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. III. Tit. XXXVI. §. 40.

59) Gönner Staatsrecht §. 415. Nr. VI. — Walter Kirchenrecht §. 33. Nr. 2. (d. 3. Aufl.)

60) Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. III. Tit. XXXVI. §. 41—44. Schnaubert Kirchenr. des Prot. §. 289. (d. 2. Aufl.) Klüber öffentl. Recht des teutschen Bundes §. 428. Not. a.

61) Jedoch hat man nicht nur dies verlangt, sondern in dieser Hinsicht auch so ausschweifende Forderungen gemacht, daß ein solcher Beweis unmöglich würde erbracht werden können; so soll es nicht einmal genügen, daß nachgewiesen werde: so oft ein Erblasser eine öffentliche Anstalt mittelst letzten Willens gestiftet habe, sey von ihm vor Errichtung des Testaments obrigkeitliche Bestätigung nachgesucht worden, es müsse auch außerdem noch dargethan werden, daß, wenn die obrigkeitliche Bestätigung von dem Erblasser nicht aus-

würde auch dieser Beweis nicht eben sehr schwierig seyn. Zwar hat man sich auf eine tausendjährige Praxis für das Gegentheil berufen, auf ein entschiedenes Herkommen, dem man den erst in neueren Zeiten aufgestellten doctrinellen Grundsatz von der Nothwendigkeit öffentlicher Anerkennung entgegenstelle, auf die vielen Beispiele aus allen Staaten, daß milde Anstalten (mit dem Charakter juristischer Persönlichkeit) durch bloße Privatstiftung gegründet worden seyen [62]). Indessen ist es bei der bloßen Behauptung geblieben, die sich nur in unzähligen Wendungen wiederholt. Denn als Beweis wird man wohl schwerlich mehr eine Berufung auf einige ältere Schriftsteller gelten lassen, nachdem Inhalt und Bedeutung dessen, was diese eigentlich gesagt haben, von uns näher beleuchtet ist. Was aber die in Bezug genommenen Beispiele aus alten Staaten anbetrifft, so ist in der That nicht ein einziges auch nur angeführt. Dagegen werden von den zahlreichen, auf Privatstiftung beruhenden Wohlthätigkeits-, Versorgungs- und ähnlichen Anstalten gewiß nur wenige seyn, welche nicht eine obrigkeitliche Stiftungs- oder Bestätigungs-Urkunde aufzuweisen haben, wobei denn auch wohl geradezu als Zweck der Confirmation angegeben ist, daß die Anstalt erwerbsfähig sey und die Rechte einer moralischen Person erhalte [63]). Dies für das bloße Product

gebracht worden sey, man die ganze Verfügung eben aus diesem Grunde für nichtig erachtet habe; s. Zachariä über den das Städel'sche Kunstinstitut betr. Rechtsstreit. (Heidelb. 1827.) S. 25. S. dagegen meine Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalls. S. 191 fg.

62) Elvers a. a. O. S. 188—213.

63) Beispiele finden sich in meiner Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalls. S. 201 fg.

einer übertriebenen Aengstlichkeit, — für unnöthige Vorsorglichkeit erklären zu wollen, würde doch, bei der Menge von Fällen dieser Art, im höchsten Grade willkührlich seyn; dagegen schwächt es den auch dadurch geführten Beweis der Nothwendigkeit höherer Bestätigung nicht im mindesten, wenngleich nachgewiesen werden könnte, daß es solche Anstalten mit der Eigenschaft juristischer Persönlichkeit gebe, denen höhere Zustimmung nie ertheilt worden sey. Denn (wie auch oben bereits bemerkt wurde) da man Privatstiftungen dieser Art überhaupt zuließ, so war, wenigstens bei manchen derselben, wegen Gleichheit des Zweckes und der Einrichtung, eine Verwechselung mit den bestätigten kaum vermeidlich, wie denn ja auch die Ansicht aufkam, daß, wenn ein Privathospital seit unvordenklicher Zeit die Rechte eines öffentlichen ausgeübt habe, dies die Stelle höherer Sanction vertrete (s. oben Not. 45). Was nun aber unsern Beweis vervollständigt und außer Zweifel setzt, ist der Umstand, daß neuere Gesetzgeber, welche anerkannt auf gemeines Recht und den wissenschaftlich practischen Standpunct ihrer Zeit fußen, eine obrigkeitliche Bestätigung aller juristischen Personen, und namentlich auch der pia corpora erfordern. So bemerkt Kreitmaier, der Verfasser des bayerischen Civilgesetzbuchs: — — „Collegia, corpora, oder Confraternitäten, welche von der Landesherrschaft nicht specialiter approbirt und privilegirt, sondern nur privata auctoritate errichtet seynd, können keine bona vel jura, folglich auch kein Erbrecht verlangen“[64]). Und von den zahl-

64) ad Cod. Maximil. Bavar. civil. Tom. III. c. III. §. 12. Nr. 3. Vrgl. auch den Cod. Max. Bav. civil. T. III. c. VI. §. 5. und dazu Kreitmaier in d. Anm. Nr. 3.

reichen Vorschriften des preußischen Landrechts über juristische Personen, sollen hier nur folgende hervorgehoben werden: „Armenhäuser, Hospitäler u. s. w. stehen unter dem besonderen Schutze des Staats. Werden dergleichen Anstalten von neuem errichtet, so muß das Vorhaben dem Staate zur Prüfung der Grundsätze ihrer Verfassung angezeigt werden" [65]). Ferner: „die vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Armen- und andere Versorgungsanstalten haben die Rechte moralischer Personen" [66]). Und so findet sich denn auch in Ansehung der Unterrichtsanstalten ausdrücklich bestimmt, daß sie nur mit Vorwissen und Genehmigung des Staats errichtet werden sollen [67]).

Die vorstehende Erörterung, in Verbindung mit den Untersuchungen, welche uns am Schluß des vorigen Bandes beschäftigten, enthält jetzt eine vollständige Beantwortung der oben (S. 1) aufgeworfenen Frage: **inwiefern ist die Stiftung eines pium corpus durch Testament rechtlich gestattet?** Die Antwort hierauf ist nämlich die: 1) das röm. Recht gestattet eine Erbeinsetzung der Armen, Kranken oder Gefangenen, so wie sonstige liberale Zuwendungen zum Besten derselben. Von juristischer Persönlichkeit kann hierbei überall nicht die Rede seyn; daß es aber einer gesetzlichen Bestimmung dieserhalb bedurfte, erklärt sich hauptsächlich aus der individuellen Unbestimmtheit und Ungewißheit der Personen, welchen

65) Preuß. Landr. Th. II. Tit. 19. §. 32 fg.

66) Ebendas. §. 42.

67) Ebendas. Th. II. Tit. 12. §. 2. — Vergl. auch Th. I. Tit. 12. §. 28. — Th. I. Tit. 11. §. 1074 fg. — Th. II. Tit. 11. §. 197. und Anh. §. 125. Th. I. Tit. 12. §. 239.

die Verfügung zu Gute kommen sollte [68]). Außerdem war es nöthig festzusetzen, auf welchen Ort die Verfügung im Zweifel zu beziehen und wie sie überhaupt zu realisiren sey (Bd. 39. S. 452), was sonst vielfachen Zweifeln und Bedenklichkeiten ausgesetzt gewesen seyn würde. Die heutige Anwendbarkeit dieser Vorschriften, ist, so weit die einzelnen Bestimmungen mit unserer Verfassung zu vereinigen sind, unbedenklich zuzugeben (Bd. 39. S. 461 fg.), mit der Befugniß aber, durch Privat-

68) S. Band 39. d. Comment. S. 452 fg.; vergleiche ebendas. S. 440 fg. — Schon in dem Gutachten der Göttinger Juristenfacultät, den Rechtsstreit zwischen den Städel'schen Intestaterben und den Administratoren des Städel'schen Kunstinstituts betreffend, wird dies sehr bestimmt hervorgehoben, indem es heißt: „Die oben angeführten Gesetzstellen (L. 23. pr. C. *de SS. eccl.* L. 24. 28. 49. C. *de episc. et cler.*), welche von Erbeinsetzungen und Vermächtnissen zu Gunsten der Armen, oder zur Loskaufung von Kriegsgefangenen reden, enthalten keine Ausnahme von derjenigen gesetzlichen Regel, wonach moralische Personen, um erbfähig zu seyn, der Bestätigung bedürfen, sondern von einer ganz andern Regel, wonach ganz unbestimmte Personen nicht zu Erben eingesetzt werden können" (S. 21 unter Nr. B.). — Northoff erklärt diese Annahme des Göttinger Spruchcollegiums geradezu für einen Irrthum, indem nicht die Armen oder Kriegsgefangenen die Erben seyen, sondern eine ohnehin erbfähige Person, die Kirche (a. a. O. S. 101. Not. 230). Ich darf mich jetzt in dieser Hinsicht wohl auf die früheren Erörterungen in diesem Commentar beziehen, worin ausgeführt wurde, daß allerdings die Armen u. s. w. als das eigentliche Subject der Erbeinsetzung zu betrachten seyen, zugleich aber die Gründe auseinander gesetzt sind, welche eine so auffallende Anomalie veranlaßten (Bd 39. S. 451 — 461).

stiftung ein pium corpus zu begründen, hängt dies Recht auch nicht entfernt zusammen. — 2) Allerdings aber erklärt das röm Recht auch liberale Privatdispositionen aller Art für giltig und wirksam, wodurch die Stiftung bleibender Anstalten beabsichtigt wird, wenn sie einen reinen Wohlthätigkeitszweck beabsichtigen, als: die Stiftung von Waisen-, Armen- und Krankenhäusern und ähnliche Anstalten. Es bestimmt auch hier, in welcher Art die Ausführung geschehen solle, wenn der Disponent darüber nichts festgesetzt hat; denn dieser kann in Ansehung der Einrichtung solcher Anstalten, ferner der Verwendung und Verwaltung der Fonds willkührliche Anordnungen treffen, ja sogar die regelmäßigen Almosenpfleger (Bischöfe und Oeconomen) hievon ganz ausschließen. Daß aber nichtsdestoweniger eine religiöse Einweihung der Anstalt stets erfordert wurde, — die Anstalt also ohne bischöfliche Mitwirkung nicht ins Leben treten konnte, ist wenigstens im hohen Grade wahrscheinlich. Sei dem aber wie ihm wolle, soviel ist gewiß, daß nirgends gesagt ist, die durch bloße Privatstiftung entstandene Anstalt habe das Recht einer juristischen Person, — könne als solche erwerben, mit Verbindlichkeiten belastet, gegen Rechtsverletzuugen in den vorigen Stand eingesetzt werden u. s. w.; dies aber muß, nach der obigen Ausführung genügen, um derselben diese Eigenschaft abzusprechen [69].

69) Das vorhin erwähnte Göttinger Gutachten sagt: „Wenn man aber auch das Städel'sche Kunstinstitut wirklich als eine fromme Anstalt betrachten könnte, so würde doch diese Eigenschaft desselben in der Beurtheilung der vorliegenden Sache gar keinen Unterschied machen, indem kein Gesetz sagt, daß die zur Erbfähigkeit moralischer Personen erfor-

Wenden wir uns jetzt

II. zu der Frage: sind die erwähnten gesetzlichen Bestimmungen auf alle und jede An-

derliche Bestätigung bei den piis corporibus erlassen seyn solle" (S. 21). Dagegen bemerkt Northoff: „Welches Gesetz sagt denn, daß zum Daseyn der Persönlichkeit, welche einem Vermögensinbegriff beigelegt wird, spezielle Bestätigung erforderlich sey? Dies müßte doch erst nachgewiesen werden, bevor von einen Erlaß, von einer Ausnahme von dem Gesetz zum Besten milder Stiftungen geredet werden kann" (a. a. O. S. 101. Not. 230). — Wie verträgt es sich aber damit, wenn der Verfasser bei seiner Untersuchung über die Begründung juristischer Persönlichkeit von dem (richtigen) Grundsatz ausgeht: Persönlichkeit — juristische eben sowohl, wie die eines physischen Menschen — erfordern nothwendig Anerkennung des Staats, oder des Organs, wodurch dieser sich auf gesetzmäßige Weise verkünde? (S. die dahin gehörige Stelle oben Not. 6.) Zwar glaubt er zu finden, daß das röm. Recht den erlaubten Corporationen im Voraus das Recht einer juristischen Person zugesichert habe. Allein abgesehen davon, daß er selbst zugiebt, nach einem unzweifelhaften Gewohnheitsrechte verhalte sich dies anders (S. 112 a. E. u. fg.), so bleibt ja der obige Grundsatz für andere Arten juristischer in seiner vollen Kraft. Wie mag man nun dennoch fordern, daß erst wieder seine Geltung für pia corpora erwiesen werde, wie mag man glauben, das Gegentheil davon dadurch dargethan zu haben, daß dem älteren röm. Recht die piae causae im eigentlichen Sinne fremd gewesen seyen (Northoff S. 96 fg.), daß für dergleichen Anstalten die Möglichkeit bestehe, als Personen zu existiren, folglich dies auch im Voraus durch Gesetze anerkannt seyn könne (S. 99 fg.), daß das röm. und can. Recht liberale Verfügungen für fromme und wohlthätige Zwecke zulassen und begünstigen, oder wohl gar dadurch, daß über die Frage: ob nicht bestätigte Stiftungen die Ei-

stalten anzuwenden, welche die Neueren unter den Begriff von pia causa oder pium corpus zu bringen pflegen?

Der Ausdruck pia causa wird in unseren Rechtsquellen ganz allgemein auf den Grund oder Zweck einer Anordnung bezogen, nicht aber gleichbedeutend mit einer Anstalt genommen, welche Zwecken dieser Art dient, obwohl natürlich die einer solchen Anstalt gemachten Zuwendungen ebenfalls dispositiones ad pias causas sind. Es wurde aber auch die wörtliche Bedeutung des Ausdrucks in der Hinsicht festgehalten, daß man denselben nur da gebrauchte, wo von unmittelbar oder mittelbar religiösen Zwecken die Rede war, also von Kirchen, Klöstern und reinen Wohlthätigkeitszwecken. Nie findet man diese Benennung, oder die Rechte, welche man jetzt als privilegia ad pias causas zu bezeichnen pflegt, auf andere Zwecke und Verhältnisse bezogen, und es läßt sich mit Sicherheit annehmen, daß z. B. Vermächtnisse zur Errichtung eines Gemeindehauses, eines öffentlichen Bades, zur Ausrüstung der Armee, zu öffentlichen Spielen u. drgl. m. zu keiner Zeit bei den Römern als relicta piis causis bezeichnet worden seyn würden. Ver-

genschaft von pia corpora haben? bereits unter den älteren Praktikern gestritten worden sey! Und wenn gar behauptet wird, daß ein Testirer jedem zu einem bleibenden Zweck bestimmten Vermögensinbegriff Persönlichkeit beilegen könne, so beweis't dies wohl am deutlichsten, wohin es am Ende führt, wenn man nicht auf möglichst strenge Interpretation der Gesetze besteht, welche Anomalien der Art, wie Erbeinsetzungen der Armen, Gefangenen, oder erst zu errichtender Wohlthätigkeitsanstalten gestatten. Man vergl. hierüber auch die jetzt im Text folgende Erörterung.

fügungen dieser Art waren schon der früheren Zeit bekannt [70]) und waren es späterhin natürlich nicht weniger; an Veranlassung fehlte es also gewiß nicht, Namen und Privilegien auch auf dergleichen Anordnungen zu beziehen. Man sieht aber hieraus, wie fest abgeschlossen jener Begriff war und wie er sich nur auf religiöse und reine Wohlthätigkeitszwecke beschränkte. Daraus folgt nun freilich keineswegs, daß man den Begriff und das Recht einer pia causa nothwendig auf die bestimmten Anwendungen beschränken müsse, welche davon im röm. Recht vorkommen. So buchstäblich darf man auch jura singularia nicht interpretiren; auch hier kann aus einzelnen Entscheidungen der Begriff oder der Rechtssatz construirt werden, den der Gesetzgeber ausdrücken wollte und ausgedrückt hat, und nur eigentliche Erweiterungen dieses Begriffs durch Analogie oder durch Schlußfolgerungen aus der ratio legis sind bei der Anwendung eines jus singulare unstatthaft [71]). So ist es gewiß ganz unbedenklich, die Vorschriften des römischen Recht über das besondere Recht der piae causae, auch auf die Stiftung von Stipendien für arme Studirende und Schüler zu beziehen [72]). Denn das römische Recht begünstigt alle liberale Dispositionen, deren eigentlicher und Hauptzweck ist, Arme zu unterstützen und ihnen die Mittel zu verschaffen, welche der gemeine oder besondere Lebensbedarf erfordert; die besondere Art der Ver-

70) L. 1. L. 4. D. *de adm. rer. ad civit. pertin.* (L. 8.)

71) Vrgl. mein Lehrb. des Pand.R. §. 61 u. 64.

72) Meine Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalls S. 211 fg.

wendung der dazu ausgesetzten Fonds kann der Disponent willkührlich festsetzen. Allein über diesen Zweck und über die rechtlichen Wirkungen, welche das Gesetz dergleichen Verfügungen beilegt, darf man nicht hinausgehen. Jede Gränzüberschreitung enthält nicht blos eine Verletzung der bekannten Grundsätze über Auslegung singulärer Rechtsvorschriften, sondern führt auch unmerklich zu Folgerungen, die gewiß Niemand billigen wird, die sich aber schlechterdings nicht vermeiden lassen, wenn man hier nicht an jenen Grundsätzen festhält. Entfernt man sich von diesen auch nur um einen Schritt, so würde man namentlich daraus, daß die testamentarische Stiftung von Universitätsstipendien möglich ist, auch das Recht folgern dürfen, eine Hochschule durch Testament zu stiften, indem das Eine wie das Andere zur Beförderung wissenschaftlicher Zwecke gereicht. Allein bei der Stiftung von Stipendien ist der nächste Zweck der, armen Studirenden die erforderlichen Subsistenzmittel zu gewähren, und aus diesem Gesichtspuncte hat man denn auch stets die Frage beantwortet: wem von mehreren Competenten ein Stipendium gebühre, ob dem Bedürftigsten, oder dem, von welchem sich mehr für die Wissenschaft erwarten läßt[73]? Wenn daher auch der besondere Verwendungszweck nicht unberücksichtigt bleiben darf (indem z. B. von gleich Bedürftigen der Würdigste die Unterstützung erhält, oder überhaupt ein gewisser Grad der Würdigkeit vorausgesetzt wird, um dazu gelangen zu können) so ist doch bei Stiftungen dieser Art der Wohlthätigkeitszweck als das Vorherrschende anzusehen. Diesen vorherrschen-

73) Vrgl. *J. H.* Boehmer J. eccl. Prot. Lib. III. Tit. XXVI. §. 16.

den Charakter wird man daher stets im Auge behalten müssen, wenn von Anwendung der Bestimmungen des Röm. Rechts über piae causae auf andere als die dort ausdrücklich genannten Zwecke und Anstalten die Rede ist, und für den, welcher sich seine Unbefangenheit zu erhalten weiß (die freilich nur allzuleicht gestört wird, wenn man für die Beförderung besonderer Absichten arbeitet), ist dies auch nicht schwer.

Auch die Glossatoren und ihre Nachfolger bis auf J. H. Böhmer nehmen den Ausdruck pia causa im Ganzen in dem Sinne, welchen er in den Quellen hat, d. h. sie verstehen darunter nicht blos eine Anstalt, welche frommen oder milden Zwecken dient, sondern diesen Zweck selbst. Ihre Erörterungen über die piae causae und deren Privilegien betreffen nicht die Frage: wie eine pia causa begründet werde? sondern nur die: welche Zwecke dahin zu rechnen seien[74]? Wenn sie daher auch liberale Verfügungen zum Besten der Schulen dahin zählen (was schon des genauen Zusammenhangs wegen zwischen Schulen und Kirchen nicht anders seyn konnte), so sind sie doch weit entfernt, hierbei an die Möglichkeit der Stiftung von Schulen durch Privatdisposition zu denken, sondern sie wollen damit nur sagen: liberale Verfügungen zum Besten von Schulen haben sich der nämlichen rechtlichen Begünstigung zu erfreuen, wie die zum Besten

74) Vrgl. thesaur. selectar. sententiar. quae passim in Glossis Accursii occurrent a *Petro* Brosseo collect. (hinter mehreren glossirten Ausg. abgedr.) v. *pia causa* („dicitur, quae ad hominis vitam forendam et sustinendam facit"); Tiraquellus de privil. piae causae Tr. (opp. T. V. p. 4 sq.) *J. H.* Boehmer J. eccl. Prot. Lib. III. Tit. V. §. 22 sq.

der Kirchen oder Armen gemachten. Freilich gehen einige derselben noch weiter, indem sie dies auch auf Zucht- und Arbeitshäuser anwenden, ja jeden gemeinnützigen Zweck für eine pia causa erklären[75]). Indessen gerade dies beweißt wohl am besten, wie wenig sie dabei an die Stiftung gemeinnütziger Anstalten dachte; nur bei reinen Wohlthätigkeitsanstalten unterscheiden sie (wie wir oben gesehen haben) zwischen den privatim gestifteten und den öffentlich bestätigten, äussern sich aber über die Frage: ob und inwiefern das Recht der piae causae auch auf jene zu beziehen sey? auf eine solche Art, daß man wenigstens Keinem die Ansicht zuschreiben darf, als halte er auch die Begründung juristischer Persönlichkeit durch Privatstiftung für möglich (s. oben S. 28—32).

In neuester Zeit wurde es gewöhnlich, unter pia causa die als juristische Person bestehende Anstalt zu verstehen, welche gewissen zu begünstigenden Zwecken dienen, und hierbei schob sich denn allmählig die Ansicht von der Möglichkeit einer Begründung solcher Anstalten durch Privatstiftung ein. — Die jetzt nie fehlende Begriffsbestimmung von pia causa lautet gewöhnlich dahin: es seien Anstalten zu einem moralischen, religiösen, wohlthätigen Zwecke. Der vieldeutige, und darum eben durch-

75) S. TIRAQUELLUS l. l. p. 8. (wo eine Aeußerung des Paulus Castrensis angeführt wird, nach welcher „quicquid fit ad publicam utilitatem, id pium dicitur"); *J. H.* BOEHMER l. l. Lib. III. Tit. V. §. 27—28. Tit. XVI. §. 4. Doch findet sich hier auch schon eine sehr bestimmte Warnung gegen übertriebene Ausdehnungen, z. B. auf Freiheitsvermächtnisse, auf Anordnungen zum Zwecke der Errichtung eines Monuments u. dergl. m.

aus unbestimmte Ausdruck: moralischer Zweck, wurde von Manchen dahin bestimmt, daß er jeden sittlichen, Unterrichts- oder Bildungszweck umfaßte, oder auch wohl geradezu als gemeinnütziger Zweck bezeichnet[76]). Daß man sich darunter eine Anstalt mit dem Recht juristischer Persönlichkeit denke, wird zwar nicht von Allen ausdrücklich gesagt, jedoch jedenfalls vorausgesetzt[77]). So erklärt es sich leicht, wie man dahin kam, die Bestimmungen des Röm. Rechts: letztwillige Anordnungen zum Besten der Armen oder eines anderen rein wohlthätigen Zwecks sollten zu Recht bestehen, — in der Art zu mißdeuten, daß man darin den Satz fand: einige milde Stiftungen seien schon im Voraus durch die Gesetze für giltig erklärt, oder, — wie es auch geradezu hieß — sie könnten durch Testament gestiftet werden[78]). Auf diesen Vordersatz, der insofern durchaus falsch war, als man dabei an Begründung juristischer Persönlichkeit dachte, baueten alsdann die Vertheidiger des Städel'schen Testa-

76) Vrgl. Mackeldey Lehrb. §. 145. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Buch I. §. 106 (d. früheren Ausg.) Mein Lehrb. des Pandectenrechts Bd. I. §. 201. Auf gemeinnützige Stiftungen zu religiösen und wohlthätigen Zwecken beschränkt übrigens den Begriff Seuffert Lehrb. des pract. Pandectenrechts I. §. 55.

77) S. z. B. v. Wening-Ingenheim a. a. O., wo die Rechte der Minderjährigen und Kirchen allen piae causae beigelegt werden. Auch noch in der neuesten Auflage (§. 69) geschieht dies, ungeachtet hier der Verf. die gemeinnützigen Stiftungen nicht mehr als selbstständige Personen gelten lassen will; von dieser Ansicht wird weiter unten die Rede seyn.

78) S. oben die Note 1 und den dazu gehörigen Text.

ments weiter fort, indem sie also schlossen: da jede gemeinnützige Stiftung pia causa sey, so müsse auch deren Stiftung durch Testament möglich seyn. Schon die bloße Erfahrung, oder die Anwendung dieses Satzes auf durchaus gewöhnliche und nahe liegende Fälle, hätte vom Gegentheil überzeugen müssen; denn sonst müßte man auch die Stiftung einer juristischen Person darin erblicken, wenn ein Testirer seinen Park und Garten dem Publikum zum Belustigungsorte eröffnet und zur Unterhaltung desselben eine Summe Geldes aussetzt, oder wenn er ein Vermächtniß zur Errichtung einer Eisenbahn anordnet, — indem die Gemeinnützigkeit dieser Dispositionen sich gewiß nicht verkennen läßt. Indessen sollen diese Beispiele nur zum Beweise dienen, zu welchen seltsamen Resultaten es am Ende führt, wenn man bei der Interpretation von gesetzlichen Vorschriften, wie die hier zur Frage stehenden sind, nicht mit großer Vorsicht und genauester Berücksichtigung der dafür aufgestellten Interpretationsregeln verfährt. Denn daß die Stiftung juristischer Persönlichkeit durch Privatdisposition überhaupt nicht möglich sey, wurde in dem vorausgehenden Abschnitte ausführlich dargethan. Hier fragt es sich nur: darf man die anomalischen Rechtssätze, welche das Röm. Recht in Beziehung auf wohlthätige Zwecke wirklich enthält, auf alle Einrichtungen anwenden, die einen gemeinnützigen Zweck haben?

Von jenen Bestimmungen kommen hier nur diejenigen in Betracht, welche die Anordnung solcher Zwecke durch letztwillige Verfügungen betreffen. Worin diese bestehen? ist bereits an einem anderen Orte dieses Commentars ausführlich erörtert[79]). Das wesentliche

79) S. Bd. 39. d. Comment. S. 451 bis zu Ende.

Resultat dieser Erörterungen ist folgendes: ein Testirer kann die Armen, Kranken, Gefangenen zu Erben einsetzen, und diese Einsetzung ist weder auf physische noch juristische Personen, sondern lediglich auf den Zweck zu beziehen, weshalb es denn auch besonderer gesetzlicher Bestimmungen über die eigentliche Bedeutung solcher Erbeinsetzungen, so wie über die Art und Weise, wie sie auszuführen seien, bedurfte. — Er kann ferner die Errichtung von Waisenhäusern, Krankenhäusern und ähnlichen wohlthätigen Anstalten im Testament anordnen, und auch über die Ausführung solcher Dispositionen finden sich sehr genaue gesetzliche Vorschriften. Ob dergleichen erst zu errichtende Anstalten zu Erben eingesetzt werden können, oder — wie man dies jetzt gewöhnlich ausdrückt —: ob die Stiftung derselben durch Erbeinsetzung möglich sey?, ist geradezu aus den hieher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen nicht zu ersehen. Indessen kann die bejahende Antwort mit Grunde nicht bezweifelt werden. Die Gesetze gestatten nicht blos eine Erbeinsetzung der Armen, sondern erlauben auch dem Testirer, über die Art und Weise der Ausführung seines letzten Willens besondere Verfügungen zu treffen. Ist nun hiernach der reine Wohlthätigkeitszweck als Subject der Erbeinsetzung anzusehen, so muß es dem Testirer auch frei stehen, die Anstalt selbst, wodurch er seinen Zweck erreichen will, z. B. ein zu errichtendes Armen- oder Waisenhaus, als Subject der Erbeinsetzung zu bezeichnen. Falsch würde es freilich seyn, wollte man daraus folgern, daß die Stiftung durch das Testament zugleich Persönlichkeit erhalte, so nahe allerdings diese Folgerung an sich auch liegt, indem ja die Grundbedingung aller Erbfähigkeit ist, daß der Erbe als Person existire. Sehr natürlich mußte

man daher auch hierauf kommen, wenn man die Bestimmungen des röm. Rechts über liberale Verfügungen zu wohlthätigen Zwecken nur einseitig ins Auge faßte, — wenn man dabei nur an die Möglichkeit der Stiftung einer pia causa durch Testament dachte. Allein man übersah, daß es eine ganz andere Anomalie ist, welche das röm. Recht hier eigentlich zuläßt, — es ist nämlich überhaupt keine Person, die zum Erben eingesetzt wird, es ist der bloße Wohlthätigkeitszweck Subject der Erbeinsetzung, wenn das Gesetz die Einsetzung der Armen, oder Kranken, oder Gefangenen gestattet, indem die Armen u. s. w. weder eine juristische Person bilden, noch als Individuen in Betracht kommen [80]); und schwerlich würde man zu dieser Anomalie gekommen seyn, hätte man zu der Zeit, wo sie aufkam, es sonst möglich machen können, sein Vermögen solchen Zwecken durch Vermächtnisse vollständig, d. h. ohne Abzug der Falcidischen Quart zuzuwenden [81]). Je größer nun aber diese Anomalie ist, um desto bedenklicher muß man seyn, die Bestimmungen des röm. Rechts auf andere gemeinnützige Zwecke, als die genannten, zu übertragen. Wir haben gesehen, zu welchen sonderbaren Resultaten es führen würde, wollte man jeden gemeinnützigen Zweck um seiner selbst willen als juristische Person gelten lassen. Ganz das Nämliche würde aber der Fall seyn, wenn darum, weil die Gesetze die Einsetzung rein wohlthätiger Zwecke gestatten, angenommen werden dürfte, daß alle und jede gemeinnützige Zwecke Subject einer Erbeinsetzung

80) S. Bd. 39. d. Comment. S. 365.

81) L. 49. C. *de episc. et cler.* Vergl. Bd. 39. d. Comm. S. 458 fg.

seyn könnten, und es wird wohl nicht nöthig seyn, Beispiele anzuführen, um die Absurdität einer solchen Schlußfolgerung anschaulich zu machen. Wenn man daher verlangt, daß vor Allem hier streng festgehalten werde an den bekannten Regeln über Interpretation singulärer Rechtsvorschriften, so fordert man etwas, was nicht nur das positive Recht, sondern auch die Vernunft gebietet. Mag immerhin der Gesetzgeber ganz dasselbe Recht, welches für die Erbeinsetzung der Armen u. s. w. angeordnet ist, weiter ausdehnen; mag dies selbst durch die Praxis geschehen, wie denn freilich nicht zu läugnen ist, daß einzelne den piae causae (im Sinne des röm. Rechts) verliehene Privilegien gewohnheitsrechtlich auf andere juristische Personen und gemeinnützige Zwecke übertragen sind. Dabei ist überall keine Gefahr, indem, wenn dergleichen Erweiterungen auch nicht gerade allemal durch ein eigentlich practisches Bedürfniß veranlaßt sind, hierin doch nie weiter gegangen werden kann, als es angemessen und ohne gegen die rechtliche Ordnung zu verstoßen möglich ist. Aber auch ganz abgesehen von dem gesetzlichen Verbot der Ausdehnung eines **jus singulare** darf es doch nie geduldet werden, daß man aus einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, unbekümmert um die besonderen Motive, welche die Gesetzgeber bei seinen Dispositionen leiteten, und um die eigenthümlichen Verhältnisse, worauf deren Anwendung berechnet war, einen möglichst allgemeinen Begriff abstrahirt, und hierauf jene Bestimmungen anwendet. So verfährt man offenbar hier, wenn man auf folgende Art argumentirt: Justinian gestattete des gemeinen Nutzens wegen die Erbeinsetzung der Armen und Kranken; also muß dasselbe auch für andere gemeinnützige Zwecke gelten! Eine Willkühr dieser Art ist selbst nicht

einmal bei der Auslegung und Anwendung von Rechtssätzen erlaubt, welche in das Gebiet des jus commune gehören, und mit Recht beschränkt man daher die hier mögliche Ausdehnung ob paritatem rationis durch die Regel, daß der Grund nicht in zu großer Allgemeinheit genommen werden dürfe[82]). Nirgends aber tritt der Nachtheil eines solchen Verfahrens so auffallend hervor, als bei singulären Rechtsvorschriften, da diese Ausnahme vom bestehenden Recht sind, welche eben nur durch Rücksichten der Billigkeit und der Zweckmäßigkeit gerechtfertigt erscheinen, oder (wie Paulus sagt): „jus singulare est, quod contra tenorem rationis (d. i. des gemeinrechtlichen Prinzips) *propter aliquam utilitatem* auctoritate constituentium introductum est[83]). Wäre hier ein Schließen aus der ratio legis zum Zweck der Anwendung gestattet, so würde das jus commune und dessen Anwendbarkeit am Ende ganz von den Ansichten der Richter über Zweckmäßigkeit, Nützlichkeit und Billigkeit abhängig seyn. Darum schärfen die röm. Juristen es so bestimmt und nachdrücklich ein, daß singuläre Rechtssätze nicht durch Schlüsse aus der ratio legis erweitert werden dürfen[84]), und man thut wohl, ihnen auch hie-

82) Vrgl. J. A. Seuffert Bemerkungen über die Codicillarclausel und die Auslegung letzter Willen, veranlaßt durch den Städel'schen Beerbungsfall (Würzburg 1828). S. 66. Nr. 3.

83) L. 16. D. *de legib.* Vrgl. auch L. 162 D. *de regul. jur.* (s. die folg. Note.)

84) L. 14. D. *de legib.* „Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias." — Aehnlich heißt es in L. 162. D. *de regul. jur.* „Quae *propter necessitatem* recepta sunt,

rin zu folgen, ohne sich durch den Vorwurf einer illiberalen und engherzigen Rechtsansicht, oder ähnliche Declamationen irre machen zu lassen. Mit liberaler Rechtsansicht und Rechtspflege verträgt es sich sehr wohl, wenn man auf strenge Beobachtung juristischer Prinzipien bei der Anwendung des positiven Rechts besteht, so wie darauf, daß positive Rechtssätze nicht willkührlich hin- und hergeworfen, sondern daß sie in ihrem rechten Sinn aufgefaßt und angewandt werden, — wenn man der Meinung ist, daß ein entgegengesetztes Verfahren die Sicherheit zerstöre, welche das positive Recht gewähren kann und soll, und daß man sich nach Kräften einer leicht aufkommenden, unbestimmten und subjectiven Richtung der Praxis widersetzen müsse, die da glaubt das positive Recht in einem liberalen Sinne anzuwenden, wenn sie die leitenden juristischen Grundsätze ganz verläßt und statt deren unvermerkt gewisse aus allgemeinen Begriffen und gewollten Zwecken abgeleitete Ansichten unterschiebt[85]). Daher

non debent in argumentum trahi." Beide Stellen sind von Paulus.

85) Diese und ähnliche Bemerkungen, welche sich in meiner Beurtheil. des Städel'schen Beerbungsfalls (S. 2 fg.) finden, so wie die davon auf diesen Fall gemachten Anwendungen bezeichnete der sel. Wenck in seinem aus gereizter Stimmung hervorgegangenen Beitrag zur Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalls (Leipz. 1828) S. 66 als Auffassung einer Pandectenlection. — Ob in der That das, was mein Buch enthält, gewöhnlich in den Pandektenvorlesungen vorgetragen wird, weiß ich nicht, wohl aber freue ich mich, daß nichts Schlimmeres als dies davon hat gesagt werden können. Auch spreche ich mit derselben Ueberzeugung wie vor zehn Jahren es aus, daß die Gleichgiltigkeit vieler Praktiker gegen theoretische Studien zum

haben sich denn auch stets sehr achtbare Stimmen von Männern, denen man gewiß nichts weniger Schuld geben kann, als illiberale Rechtsansichten, dafür erklärt, daß die im röm. und kanonischem Recht den piae causae zugestandenen Privilegien nicht auf Alles angewandt werden dürfen, was man in neuerer Zeit durch jenen Ausdruck zu befassen pflegt. So sagt J. H. Böhmer: — „zenata sunt tot privilegia piarum causarum, in cerebro interpretum procusa sine assistentia legis, quae spuria et adulterina esse credimus. — Sunt privilegia sua natura jus singulare et exceptionem a regula constituunt, cui tamdiu inhaerendum est, donec exceptio probetur. Neque enim interpretum est, privilegia fingere nova, ubi juris deficit sanctio, aut jura singularia certis causis tributa ad alias causas trahere, cum juxta L. 14. *de legib.* jura singularia, utpote contra rationem juris recepta et constituta, ad consequentias non sint producendas. Id quidem non nego, legata ad pias causas esse admodum favorabilia —; sed — favor hic non efficit, ut quaevis jura singularia, favorabilibus causis *singulariter tributa*, hisce lega-

Theil aus der Leichtigkeit zu erklären ist, womit man sich über die anerkanntesten theoretischen Wahrheiten bei der Rechtsanwendung hinweg setzt, oder auch für Irrthum erklärt, was man kurz zuvor als Wahrheit glaubte und lehrte. Daß bei der Rechtsanwendung die Individualität des zu entscheidenden Falls zu berücksichtigen seyn, heißt ja keineswegs: man dürfe aus einzelnen Fällen und für dieselben eigene Rechtstheorien bilden; die Praxis kann gegen Haltungslosigkeit nicht geschützt werden, wenn man den positiven Theil des Rechts gering achtet.

tis applicari debeant —"[86]). Und auf ähnliche Art äußern sich B. W. Pfeiffer[87]) und A. W. v. Schröter, welcher es namentlich für bedenklich erklärt, die Rechte der piae causae auch auf Schulen und Universitäten anzuwenden[88]). Wer möchte nun hieraus wohl schließen,

86) Boehmer Jus eccl. Prot. Lib. III. Tit. XXVI. §. 18.

87) Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Zweiter Band. S. 339. Er behandelt hier die Frage, in welchen Fällen testamenta ad pias causas ohne die gewöhnlichen Solennitäten bestehen? Daß als das Subject solcher Verfügungen außer den Kirchen und milden Stiftungen im engeren Sinne auch Schulanstalten (versteht sich, schon bestehende) zu rechnen seyen, hält er zwar für ausgemacht, fügt aber hinzu: „viel bedenklicher ist es, auch alle zum öffentlichen Nutzen gereichende Einrichtungen mit darunter zu begreifen."

88) Zu der Lehre von den bona vacantia, in der von ihm, Linde und Marezoll herausgegebenen Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. X. S. 95. Hier heißt es unter Anderem: „Das Recht der Kirchen und Klöster kann nicht auf die übrigen piae causae übertragen werden, und eben so bedenklich würde es seyn, Schulen und Universitäten zu den piae causae zu rechnen. Beides ist zwar häufig geschehen; allein der geschichtliche Zusammenhang, in welchem sich die übrigen piae causae mit den Kirchen und Klöstern ausgebildet haben, berechtiget so wenig zu dem Schlusse, daß alle Rechte dieser auch jenen zukomme, als der geschichtliche und der innere Zusammenhang sie selbst zu piae causae erhebt. Auch der Beweis einer entgegengesetzten gemeinrechtlichen Sitte oder Praxis dürfte nicht zu erbringen seyn, sobald man nicht die bloße Berufung der älteren sogenannten Praktiker auf die Praxis für einen Beweis derselben gelten läßt. Denn es leidet keinen Zweifel, daß diese Männer häufig die bloßen theoretischen Ansichten ihrer Zeit, oder ihre eigenen Theorieen, als Praxis bezeichnet haben."

es sey dadurch anerkannt, daß den Schulen weniger das Prädicat eines gemeinnützigen Instituts zukomme, als den Klöstern! Von solchen Vergleichungen kann hierbei überhaupt nicht die Rede seyn, und ein unbefangener Jurist wird nicht anders urtheilen, wenn er auch eine Einrichtung viel höher stellt, als diejenige, deren Privilegien auf jene angewandt werden sollen[89]). Mag man den Gesetzgeber

89) In der an Seltsamkeiten aller Art so reichen Prozeßgeschichte des Städel'schen Beerbungsfalls hat man freilich sich den Schluß erlaubt, wer die Anwendung der besonderen Bestimmungen des römischen Rechts über Einsetzung der Armen u. s. w. auf Kunstinstitute für unzuläßig hält, hat dadurch erklärt, daß ihm die Kunst gleichgiltig sey! Ja man ist soweit gegangen, dem ganzen Juristen-Stande eine Gleichgiltigkeit oder wohl gar eine Abneigung gegen die Kunst zuzuschreiben, um im Voraus das Urtheil derer zu verdächtigen, welche sich gegen den Rechtsbestand des Städel'schen Testaments erklären möchten. (S. das in der Städel'schen Testamentssache ergangene rechtliche Gutachten der Juristenfacultät zu München. Frkfurt 1827. S. 8.) Gerade der Städel'sche Prozeß spricht für das Gegentheil. Juristen sind es ja gerade, von denen jener Vorwurf gegen die Zunftgenossen ausgeht, Juristen sind es, welche kein Bedenken tragen zu behaupten, daß man der Erhaltung eines Kunstinstituts zu Liebe die Rechtsformalitäten zur Seite schieben dürfe! — Den Kunstenthusiasmus, welchen Wenck in seinem Lehrb. der juristischen Encyclopädie §. 45 an den Tag legt, indem er in die Worte ausbricht: „Und sollten wir endlich ganz schweigen von der göttlichen Kunst?" u. s. w. darf man gewiß nicht mißbilligen; wenn er aber in seinem angeführten Beitrag zur rechtl. Beurtheil. des Städel'schen Beerbungsfalls S. 7. 8. es tadelt, daß man „den Plan eines der Kunst geweihten Lebens wegen einiger Subtilitäten und Förmlichkeiten des Rechts vernichten könne," — so gestehe ich gerne, mich

veranlassen, diese besonderen Rechte wegen Gleichheit des Grundes in einem weiteren Umfange anzuerkennen; allein ehe dies erfolgt ist, oder eine gewohnheitsrechtliche Ausdehnung nachgewiesen werden kann, wird man den Ausspruch von Paulus: quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias, gelten lassen müssen. Uebrigens dürfte sehr zu bezweifeln seyn, daß je ein umsichtiger Gesetzgeber geneigt seyn möchte, die Vorschriften Justinians über die Erbeinsetzung der Armen und Kranken auf Schulen und andern Bildungsanstalten anzuwenden. Die Freiheit, welche Justinian den Testatoren in Ansehung der Einrichtungsanordnungen gestattet, verträgt sich schlechterdings nicht mit der Abhängigkeit, in welcher dergleichen Bildungsanstalten zu der Staatsregierung stehen. Und wenn man etwa der Meinung ist, daß ja doch die Stiftung solcher Anstalten insoweit gestattet werden könnte, als sich dies mit der Abhängigkeit derselben von der Staatsregierung vertrage, so hat man dadurch zugleich über diese ganze

nie zu einer Ansicht bekennen zu können, welche dem Gebote einer liberalen Rechtsanwendung durch großartige Hinaussetzung über beschränkende Grundsätze des positiven Rechts ein Genüge gethan zu haben glaubt. Man kann wahrlich ein großer Verehrer der schönen Künste seyn, und dennoch sagen: „Es giebt hier einen höheren Zweck, als alle Kunstinstitute der Welt: das Recht. Wird dieses um eines Zweckes willen gebeugt, — was soll dem Menschen da alle Cultur, welche ihm durch die Kunst zugeführt wird? Ist erst die Ehrfurcht vor dem Gesetze verschwunden, so wird auch der Sinn für das Recht selbst ertödtet werden und das beharrlichste Anschauen heiliger Personen und Geschichte wird das Verlorne nicht ersetzen.“ Meine Beurtheilung u. s. w. S. 60.

Ausdehnungstheorie den Stab gebrochen. Es ergiebt sich daraus nämlich ganz von selbst, wie bedenklich die Erweiterung gesetzlicher Ausnahmsfälle durch bloße Argumentationen aus der Aehnlichkeit der Begriffe sey. Zu Ausnahmen vom **jus commune** wird der Gesetzgeber meistens durch ganz spezielle Voraussetzungen bestimmt, welche in anderen Fällen nicht leicht zutreffen. Bei der weiteren Anwendung eines **jus singulare** wird man daher entweder die ihnen zu Grunde liegenden Voraussetzungen selbst erweitern müssen, oder sich zu einer Beschränkung der gesetzlichen Bestimmung genöthigt sehen. Ersteres ist aber durchaus willkührlich und auch bei s. g. logischer Ausdehnung eines in das Gebiet des **jus commune** gehörigen Rechtssatzes unstatthaft; durch hinzugefügte Beschränkungen dagegen kommt man eigentlich zu einem ganz verschiedenen Resultat, mithin wendet man das Gesetz nicht auf einen anderen Fall an, sondern man führt für diesen einen durchaus neuen Rechtssatz ein.

Betrachten wir nun noch die Gründe, welche für die Anwendung der Justinianischen Vorschriften über Erbeinsetzung der Armen u. s. w. auf nicht genannte Fälle angeführt zu werden pflegen.

1) Zuvörderst beruft man sich auf den **favor testamentorum**. — Allerdings existirt eine rechtliche Begünstigung letztwilliger Verfügungen [90]); allein man sollte denken, es verstehe sich von selbst, daß diese Rechtsbegünstigung nicht zur Vernichtung der Regeln führen dürfe, an deren Beobachtung die Giltigkeit der Testamente aus-

90) **Cap. 26. X.** *de sent. et re jud.* **(II. 27.)** — Vergl. auch die in den folgenden Noten anzuführenden Stellen des röm. Rechts.

drücklich geknüpft ist. Die Bedeutung jenes favor testamentorum beschränkt sich auf Folgendes: a) wenn es wirklich zweifelhaft ist, ob ein Testament gelten könne, oder nicht, so soll für die Giltigkeit entschieden werden[91]; b) wenn der Testirer sich zweideutig, dunkel, oder ungeschickt ausgedrückt hat, seine Absicht aber klar ist, so ist hiernach der Sinn der gewählten Ausdrücke zu bestimmen[92]; c) bei einem Zweifel über die Art und den Umfang der Verfügung ist der Sinn vorzuziehen, nach welchem der Honoritte am meisten begünstigt erscheint[93]. — Vielleicht sind Alle, auch selbst die unbedingten Vertheidiger der Giltigkeit des Städel'schen Testaments damit einverstanden, daß man weiter nicht gehen dürfe, ohne alles positive Testamentsrecht geradewegs zu zerstören; allein man hat bisweilen die Stellen, worauf die beiden ersten Regeln sich gründen, in einer Ausdehnung genommen, welche bei consequenter Anwendung doch nothwendig zu dem Resultat führen muß, daß Alles, was das positive Recht über Form und Inhalt der Testamente

91) L. 10. pr. D. *de inoff. test.* (V. 2.) — Vrgl. L. 5. D. *test. quemadm. aper.* (XXIX. 3). — „publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere." — S. auch Seuffert a. a. O. S. 44 fg.

92) L. 24. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.) „Quum in testamento ambique, aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est." — Meine Beurtheil. S. 34 fg. — Vrgl. noch Seuffert a. a. O. S. 55 — 63.

93) L. 12. D. *de reg. jur.* — L. 13. pr. D. *de reb. dub.* L. 17. §. 1. D. *de leg. I.* u. viele a. Stellen. — Vrgl. Seuffert a. a. O. S. 44 fg.

vorschreibe, immerhin unbeachtet bleiben könne, wenn sich nur erkennen lasse, was der Testirer gewollt habe. Ja man hat sich wohl gar geradezu auf den Ausspruch des Marcellus: „etsi nihil facile nutandum est ex solennibus, tamen ubi aequitas evidens possit, subveniendum est“ [94]) berufen, ohne zu bedenken, daß, wenn diese Aeußerung hier überhaupt anwendbar wäre [95]), es überall auf Beobachtung der Testamentsform nicht weiter ankomme, sondern ein bloßer Entwurf, selbst die erweisliche Absicht, eine gewisse Anordnung treffen zu wollen, die Kraft eines vollgiltigen Testaments haben würde. Zur Zeit ist die liberale Jurisprudenz noch nicht so weit gediehen, um dies gut zu heißen; gehören aber die Vorschriften des positiven Rechts über Erbfähigkeit nicht eben so gut zu dem jus publicum, worauf Privatwillkühr keinen Einfluß hat, als die über Testamentsform? Dies ist meines Wissens noch von Niemandem bezweifelt. Indessen hat man doch, wenigstens als einen Nebengrund, für die Giltigkeit der Erbeinsetzung nicht bestätigter Stiftungen Folgendes geltend zu machen gesucht: daß die Grillen und Sonderbarkeiten mancher Testirer, oder auch deren Rechtsunkenntniß, die Nachsuchung obrigkeitlicher Bestätigung verhindern könnte, und es doch sehr zu beklagen sey, wenn wegen der Launen oder der Rechtsunkunde eines Einzelnen dem Staate eine gemeinnützige Stiftung entzogen werde, welche das Wohl Tausender befördert haben würde [96]). — Solcher Gründe

94) L. 183. D. *de regul. jur.*

95) Ueber ihre eigentliche Bedeutung s. den Commentar ad h. l. von *Jac.* Gothofredus in den opuscul. minorib. et Trotz p. 1187 sq. und meine Beurtheil. S. 26 fg.

96) Northoff a. a. O. S. 97. — Vrgl. das Gutachten der

bedarf es nicht, wenn sich die Giltigkeit einer Erbeinsetzung noch nicht existirender gemeinnütziger Stiftungen juristisch nachweisen läßt; im entgegengesetzten Falle aber darf man ihnen ebenfalls nicht das geringste Gewicht beilegen. Denn mit demselben Recht würde man ja ein jedes Testament, dessen Ausführung wünschenswerth erscheint, ebenfalls aufrecht erhalten müssen, wenn wegen des Testirers Eigensinn oder Rechtsunkunde die gesetzliche Form unterblieb! — Die Gesetze machen Jedem, der die ernstliche Absicht hat eine gemeinnützige Stiftung durch letztwillige Verfügung zu begründen, es möglich, diese Absicht zu realisiren: er kann die Anstalt im Voraus bestätigen lassen, oder auch eine erbfähige Person unter der Auflage, einsetzen, für die gehörige Einrichtung der Stiftung Sorge zu tragen, — oder auch (wenn ihm nicht gerade darum zu thun ist, daß die Anstalt unabhängig von bereits bestehenden öffentlichen Einrichtungen bestehe) den Staat, eine Stadtgemeinde, irgend eine bestehende ähnliche Anstalt, mit dem modus der Verwendung des Vermögens zu dem gewünschten Zweck einsetzten [97]). Wenn der Testirer also die ihm zur Erreichung seines Zweckes dargebotenen Mittel nicht anwendet, so ist dies gewiß nicht die Schuld des positiven Rechts [98]) Allerdings ist es zu beklagen, wenn Laune oder Rechtsunwissenheit die Ausführung einer lobenswerthen Absicht vereiteln; aber soll sich darnach das Recht beugen?

2) Sodann pflegt man sich auch auf den favor piarum

Juristenfacultät zu Berlin, den Städel'schen Prozeß betr. (Frankf. 1827.) S. 12. u. Elvers a. a. O. S. 199.

97) Meine Beurtheilung S. 124 fg. S. 128 fg.

98) Vrgl. Bd. 39. d. Comment. S. 418.

causarum zu berufen. Allein sey diese rechtliche Begünstigung auch noch so groß, immer kann dadurch doch kein Recht geschaffen werden, wo keines ist, oder die Ausdehnung singulärer Rechte, so wie eine willkührliche Hintansetzung der in das Gebiet des jus publicum gehörigen Rechtsvorschriften gerechtfertigt erscheinen! — Eher könnte man, scheint es, die Anwendung der im Justinianischen und canonischem Rechte enthaltenen Bestimmungen über die Einsetzung der Armen, Kranken u. s. w. auf den erweiterten Begriff einer pia causa stützen. Nun darf allerdings nicht geläugnet werden, daß sich der Begriff einer pia causa in besonderen Beziehungen erweitert habe; die Streitigkeiten der Juristen, ob das besondere Recht der piae causae, namentlich in Ansehung des Erwerbs durch liberale Zuwendungen, so wie der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach der Analogie der Minderjährigen, auf alle gemeinnützige Anstalten anzuwenden sey? sind in einzelnen Particularrechten bejahend entschieden. Für Schulen und Universitäten scheinen wenigstens einzelne jener Vorrechte durch die Praxis allgemein anerkannt zu seyn; über die Anwendung anderer streitet man, wie denn auch die Streitigkeiten hinsichtlich der Frage: ob nicht die privilegia piarum causarum (oder doch wenigstens einige derselben) auf sonstige gemeinnützige Zwecke zu beziehen seyen? noch immer fortdauern (s. die Noten 87 u. 88). Die Verfasser der Lehrbücher sind daher hinreichend gerechtfertigt, wenn sie hierauf bei ihren Begriffsbestimmungen Rücksicht nehmen, falls sie nur die Vorsicht beobachten, sich nicht so auszudrücken, als handle es sich hier um einen allgemein anerkannten und feststehenden Begriff[99]). Allein was folgt

99) In meinem Lehrb. des Pand. R. §. 201 findet sich folgende

daraus für die Frage, welche uns hier zunächst beschäftigt? Nicht einmal die Anwendung der oben erwähnten und ähnlicher Privilegien auf alle gemeinnützige Institute kann dadurch gerechtfertigt werden, indem dafür erst ein Particulargesetz oder eine gewohnheitsrechtliche Praxis nachgewiesen werden müßte. Vielweniger aber kann aus solchen doctrinellen Begriffsbestimmungen, wie allgemein sie auch lauten mögen, das Recht abgeleitet werden, alle und jede gemeinnützige Zwecke zu Erben einzusetzen, oder darauf sich beziehende Einrichtungen durch Erbeinsetzung zu stiften. Zuvörderst ist es klar, daß die Begriffe der Neueren über pia causa auf ein solches Recht gar keinen Einfluß haben können, indem dabei stets bereits bestehende gemeinnützige Anstalten vorausgesetzt werden; und in der That bezogen sich hierauf auch die Streitigkeiten früher überall nicht, und erst die in der neuesten Zeit zur Sprache gekommenen Rechtsfälle veranlaßten eine Erweiterung derselben. Sodann kann man einem Zwecke oder einer Einrichtung immerhin die Eigenschaft einer pia causa zugestehen, ohne daß daraus eine völlige Gleichheit ihrer Rechte mit anderen piae causae folgt, — wie ja denn auch sonst für die unter einen Gattungsbegriff gehörigen juristischen Personen oftmals ganz verschiedene Rechte gelten[100]). Selbst also, wenn durch Gesetze irgendwo ge-

Begriffsbestimmung: „durch den Ausdruck pium corpus — pflegt man alle zu einem religiösen, wohlthätigen, sittlichen Unterrichts- und Bildungszwecke, und zwar mit dem Rechte einer juristischen Person bestehenden Anstalten zu bezeichnen."

100) Man berücksichtige namentlich nur die verschiedenartigen Rechte und Privilegien der Handwerkszünfte; s. z. B. L. 5. §. 12. D. *de jure immun.* (L. 6.) L. 1. 2. 3. 5. C. *de hered. decur.*, *navicular.*, *colurtal.* u. s. w.

meinnützige Anstalten und Zwecke als piae causae anerkannt sind, wird man immer erst fragen müssen, in welcher Beziehung dies geschehen sey? und es dürfte nicht schwer halten zu beweisen, daß die Gesetzgeber keineswegs dadurch die Stiftung aller und jeder gemeinnütziger Institute durch Privatwillkühr im Voraus haben bestätigen wollen. (Vrgl. oben S. 55 fg.) Allein eines solchen Beweises bedarf es hier überall nicht, indem Justinian nicht etwa die Regel aufstellt: Alles, was pia causa heißt, kann zum Erben eingesetzt werden [1]), sondern nur die Erbeinsetzung der Kirchen, Klöster und reinen Wohlthätigkeitszwecke gestattet.

3) Ferner ist behauptet, es sey die Einsetzung noch nicht existirender juristischer Personen aller Art unter der Voraussetzung ihrer künftigen Existenz ganz unbedenklich

(VI. 62.) — Vrgl. *J. G.* Heineccius de orig. et jure collegior. et corpor. Cap. I. §. 29. (opusculor varior. syll. Exerc. IX. p. 414.) H. E. Dirksen über den Zustand der juristischen Personen nach röm. R. Bd. II. Abth. I. S. 99 fg. — So kann man auch der Meinung seyn, daß liberale Zuwendungen zum Besten der Schulen das Vorrecht der dispositiones ad pias causas genießen, und ihnen dennoch das den Kirchen und Klöstern in gewissen Fällen zustehende Recht auf erblose Güter absprechen, s. die Note 88.

1) Es ist dies zwar eine gewöhnliche, aber durch nichts erwiesene Voraussetzung derer, welche sich für die Giltigkeit des Städel'schen Testaments erklärt haben; auch in Brauns Erörterungen Thibauts Pand.System (S. 722 fg. Nr. 2.) findet sie sich. Ich verweise dagegen auf das, was hierüber bereits früher (in meiner Beurtheil. des Städel'schen Falls S. 182 fg.), sodann in diesem Comm. (Bd. 39. S. 467 fg. u. in diesem Bande) ausgeführt ist.

gestattet, und diese Voraussetzung könne nicht nur als Bedingung ausgedrückt, sondern sie müsse in Fällen dieser Art auch als etwas sich von selbst Verstehendes angenommen werden. Es beruhe nämlich auf einer Begriffsverwechslung, wenn Erbfähigkeit (oder die s. g. testamenti factio passiva) für gleichbedeutend genommen werde mit dem Erforderniß, daß der eingesetzte Erbe überhaupt existire, und wenn man das, was von jener angeordnet sey, auch auf dieses beziehe. Erbfähigkeit sey etwas juristisches: das Gesetz verbiete, gewisse Personen einzusetzen, weshalb denn die Fähigkeit sowohl bei der Testamentserrichtung als bei dem Tode des Erblassers vorhanden seyn müsse, aus dem sehr natürlichen Grunde, weil die Einsetzung eines Erben, dem die Gesetze das Recht zu erben absprechen, als ein gleich Anfangs gesetzwidriger Wille im Staat keinen Schutz finden könne. Die Nichtexistenz dagegen sey das Gegentheil des physischen Daseyns und könne zu jeder Zeit gehoben werden. Kein Gesetz verbiete die Einsetzung nicht existirender Personen, und nachdem man schon vor Justinian einen alienus postumus habe einsetzen können, nachdem Justinian selbst personas incertas im weitesten Sinne einzusetzen erlaubt habe, sey es keinem Zweifel unterworfen, daß jede künftig vielleicht existirende Person giltig eingesetzt werden dürfe. Allerdings sey die Existenz eine nothwendige Bedingung des Erbschaftserwerbs, allein eben darum auch eine sich von selbst verstehende, welche der Testirer nicht nöthig habe auszudrücken. Anders verhalte es sich mit dem zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen Mangel der Erb- oder Erwerbsfähigkeit; diese bleibe nur dann unberücksichtigt, wenn die Einsetzung unter der Bedingung der Fähigkeit geschehen sey, der Testirer mithin

erklärt habe, daß er nicht dem Gesetz entgegentreten, sondern seine Verordnung erst zu einer Zeit in Wirksamkeit gesetzt wissen wolle, auf welche das Gesetz nicht mehr anwendbar sey [2]).

Einige der Vordersätze, worauf die vorstehende Ansicht gebaut wird, sind schon an einem andern Orte ausführlich beleuchtet, und wir gelangten dabei zu folgenden Resultaten: Erstlich, die Justinianische Constitution de incertis personis betraf überall nicht das Erbrecht juristischer Personen, sondern das eines zur Zeit der Disposition noch nicht individuell bestimmbaren Successor, — letztwillige Verfügungen zum Vortheile a) solcher Subjecte, welche erst durch ein künftiges Ereigniß ermittelt werden können; b) der Postumen; c) derjenigen, welche beim Tode des Testirers Mitglieder einer gewissen Corporation seyn werden [3]). — Zweitens, durch die Constitution ist keineswegs die Regel aufgehoben, daß Erbe, oder unmittelbarer Repräsentant eines Erblassers, nur derjenige seyn könne, welcher beim Tode des Letzteren bereits concipirt ist, ja diese Regel erscheint zur Erhaltung der rechtlichen Ordnung so nothwendig, daß sie nicht einmal durch die ausdrücklich hinzugefügte Bedingung künftiger Existenz ausgeschlossen werden kann, sie würde aber vollends ihre Bedeutung ganz verlieren, wollte man annehmen, es verstehe sich diese Bedingung ganz von selbst [4]). — Dadurch allein schon ist denn die Ansicht der

2) S. Wenck Beitrag u. s. w. S. 25. (Nr. 1. 2.) S. 28 fg. Gebilligt ist diese Ansicht in Brauns Erörter. zu Thibaut S. 723 fg. (Nr. 4.)

3) Bd. 39. d. Comm. S. 434 fg. u. das. besonders S. 441 fg. Vrgl. unten Not. 27.

4) Ebendas. S. 413—428.

Gegner für vollständig widerlegt zu halten. Indessen füge ich den früheren Erörterungen noch folgende Bemerkungen bei.

a) Betrachten wir die so stark hervorgehobene angebliche Verwechslung zwischen Erbfähigkeit und persönlicher Existenz etwas näher, so muß der Vertheidiger dieser neuen Doctrinaldistinction selbst zugeben, daß die Existenz der Person nur der allergeringste Grad der Fähigkeit sey [5]). Auch dem Vertheidiger der Giltigkeit des Blum'schen Testaments ist die Inconsequenz, welche hierin liegt, nicht entgangen, und mit Recht bemerkt derselbe gegen Wenck, daß aus der verschiedenen Beschaffenheit der Gründe, welche unfähig machen, nicht auch eine verschiedene Behandlung derselben im positiven Recht oder verschiedenartige Folgen hergeleitet werden dürfen [6]). Ueberdies stellen unsere Rechtsquellen nicht existirende Personen, und solche, denen troz ihrer Existenz die Fähigkeit fehlt, unbedenklich zusammen, wenn von Erbfähigkeit die Rede ist [7]), so daß also eine rechtliche Verschiedenheit

5) Wenck Beitr. S. 25.

6) Northoff die Giltigkeit der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung u. s. w. S. 55. Not. 124. Vrgl. ebendas. S. 139 fg., wo die Inconsequenz hervorgehoben wird, zu welcher diese Unterscheidung zwischen dem Mangel der Existenz und der Fähigkeit führt. Freilich ist die Anwendung, welche der Verf. hievon macht, von der meinigen abweichend; er ist nämlich der Meinung, daß Wenck auf halbem Wege stehen geblieben sey, indem auch bei der Einsetzung Unfähiger die Bedingung künftiger Fähigkeit supplirt werden müsse. Davon wird weiter unten noch die Rede seyn.

7) §. 24 fg. J. *de legat.*

der einzelnen Gründe, welche die Fähigkeit zu erben hindern, nicht anders angenommen werden darf, als wenn sie gesetzlich anerkannt ist oder mit innerer Nothwendigkeit sich ergiebt [8]). Endlich zerstört Wenck selber seine Distinction dadurch, daß er von einer gesetzlichen Erlaubniß der Einsetzung noch nicht existirender Personen spricht [9]). Ehe also eine solche Einsetzung erlaubt war, mußten nicht existirende Personen doch nothwendig für erbunfähig gehalten werden, und ohne Verläugnung aller Consequenz durfte man hier eben so wenig wie in anderen Fällen die Bedingung der Fähigkeit für stillschweigend ausgedrückt halten.

b) Wenn die const. de incertis personis auch wirklich auf die Erbfähigkeit juristischer Personen sich bezogen hätte, so würde dies doch hier überall nicht in Betracht kommen; es wäre dadurch doch immer nur anerkannt, daß ein Mangel individueller Persönlichkeit kein Hinderniß der Erbfähigkeit mehr seyn solle, mithin auch juristische Personen, versteht sich unter der Voraussetzung, daß sie als solche schon existiren, erbfähig seyen [10]).

8) Beides ist in Ansehung eigentlicher Postumen der Fall. S. Bd. 39. d. Comment. S. 410—423. und unten den Text zur Not. 29.

9) a. a. O. S. 28 fg. (Nr. 4.)

10) Ob juristischen Personen die Erbfähigkeit als s. g. jus originarium (d. h. von selbst, sobald sie bestätigt sind) zustehe? ist bekanntlich sehr zweifelhaft, wenn man dabei auf positive Rechtsquellen fußt (vergl. Band 39. d. Comment. S. 434 fg.). Daß nach der Praxis die Frage bejaht werden dürfe, ist von mir nie geläugnet; s. meine Beurtheil. des Städel'schen Beerbungsfalls S. 181. und Bd. 39. d. Comment. S. 442. So enthält es denn eine offenbar fal-

c) Die Möglichkeit, nachgeborne Kinder (eigentliche Postumen) im Testament zu berücksichtigen, weicht allerdings von den Grundsätzen des strengen Rechts über Erbfähigkeit ab; jedoch erscheint diese Abweichung aus legislativen Gründen vollkommen gerechtfertigt, und ist denn dadurch auch hinreichend erklärt[11]). Nun meint man, daß die Einsetzung einer werdenden juristischen Person jedenfalls nach denselben Grundsätzen zu behandeln sey, wie die einer werdenden physischen[12]). Soll dies nur heißen: es ist eine gleichmäßige juristische Behandlung beider (so weit dies die Natur der Sache zuläßt) möglich, so läßt sich dagegen nichts erinnern. Nach bestehenden Rechts-

sche Relation, wenn in den Braun'schen Erörterungen (S. 721 fg. Nr. 1) gesagt wird: „Unsere Praxis hat stets angenommen, daß erlaubte, also bestätigte, Corporationen giltig zu Erben eingesetzt werden können, welches denn die Gegner des Städel'schen Instituts läugneten!" Es soll dadurch von vorn herein Mißtrauen gegen die Ansicht jener angeblichen Gegner erregt werden, obwohl es klar am Tage liegt, daß für die Sache des Instituts es durchaus gleichgiltig war, ob die Gesetze juristische Personen allgemein für erbfähig erklärten, oder nicht; s. m. Beurtheilung S. 181. — Aehnliche Entstellungen finden sich auch in den folgenden Sätzen der Erörterungen; s. unten die Not. 23.

11) S. Bd. 39. d. Comment. S. 396 fg., wo sich eine nähere mit der folg. Darstellung zu vergleichende Erörterung dieser Gründe findet.

12) Vrgl. hierbei besonders Rosshoff a. a. O. S. 122 fg. — S. auch Elvers Erört. der Lehre von der testamentar. Erbfähigkeit juristischer Personen S. 117, wo sich aber blos die Behauptung findet, es existire zwischen beiden Fällen kein Unterschied.

grundsätzen aber muß die Zulässigkeit einer solchen gleichmäßigen Behandlung geradezu verworfen werden.

Zuvörderst kann es keinen Zweifel leiden, daß der Gesetzgeber, wenn er von der Erbfähigkeit der Postumen spricht, juristische Personen überall nicht vor Augen hatte. Es mag von einem suus oder alienus postumus die Rede seyn, so ist es nach Regeln der Sprache und der Jurisprudenz schlechterdings unmöglich, den Ausdruck auf künftige juristische Personen zu beziehen. Daß Justinian eine durchgreifende Aenderung des Grundsatzes, wonach Postumen ehemals nicht eingesetzt werden durften, beabsichtigte und auch ausgesprochen hat[13]), muß man allerdings zugeben. Unrichtig ist aber die Voraussetzung, daß die Aenderung Justinians ohne alle Bedeutung wäre, falls man sie nicht auch auf künftig zur Existenz kommende juristische Personen beziehen wollte[14]). Wenn aber die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Postumen auch noch aus dem Grunde behauptet wird, daß Justinian in der const. de incertis personis zwischen einer künftigen physischen und einer künftigen juristischen Person nicht unterscheide, folglich die Hermeneutik erfordere, seine Worte auf Beide zu beziehen[15]): so ist es vielmehr der Hermeneutik gemäß, eine gesetzliche Vorschrift nur in der Beziehung zu verstehen, worin sie ausgespro=

13) Northoff a. a. O. S. 121 fg.

14) Bd. 39. d. Comment. S. 374 fg., woselbst genauer nachgewiesen ist, in welchen Punkten Justinian das bisherige Recht in Absetzung der Erbfähigkeit der Postumen noch erweiterte.

15) Northoff a. a. O. S. 131. — Vrgl. Wenck a. a. O. S. 28 fg. (Nr. 4)

chen ist. Der Ausdruck postumus hat aber eine so bestimmte Bedeutung, daß der Gesetzgeber sich nothwendig anders ausgedrückt haben müßte, wenn er bei dem, was über die Einsetzung einer werdenden Person gesagt ist, auch an juristische Personen gedacht hätte. Nur das könnte allenfalls noch gefragt werden: ob nicht eine analogische Anwendung der rechtlichen Bestimmungen über die Erbfähigkeit der Postumen auf künftige juristische Personen möglich sey?

Im Allgemeinen nun ist diese Frage schon um deswillen zu verneinen, weil jene Bestimmungen zur Klasse der singulären und correctorischen Gesetze gehören, mithin strict zu interpretiren sind. Ihre Singularität läßt sich nicht bezweifeln, da dieselben, wie sehr sie auch auf der natürlichen Billigkeit beruhen, doch immer eine Abweichung von der Regel enthalten, daß nur ein bereits existirendes und lebendes Individuum zum Erben eingesetzt werden könne. Als rein correctorische Gesetze aber sind sie zu betrachten, weil jene Regel ja auch in Beziehung auf die Postumen nicht vollständig aufgehoben, sondern nur modifizirt ist; denn nicht jeder Postumus, sondern nur der beim Tode des Erblassers bereits concipirte ist für erbfähig zu halten [16]). Wäre indessen auch eine analogische

16) L. 6 sq. D. *de suis et legatim. hir.* (XXXVIII. 16.) L. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.) L. 30. §. 1. C. *de inoff. test.* (III. 28.). — Die zum Theil entgegenstehende Meinung Wencks ist bereits an einem anderen Orte einer ausführlichen Critik unterworfen, indem die Anwendbarkeit der Regel: wer beim Tode des Erblassers noch nicht concipirt ist, kann nicht erben, — auch für das neueste Recht dargethan wurde (Bd. 39. d. Comment. S. 414 fg.). Daß diese Ansicht vor Kur-

Anwendung hier zulässig, so ist doch eine Analogie der Fälle hier überall nicht vorhanden. Denn

erstlich tritt bei juristischen Personen der Grund durchaus nicht ein, wodurch die Einsetzungsfähigkeit der Postumen motivirt wurde. Denn so lange die Regel über Unfähigkeit der Postumen noch bestand, gab es kein in der Macht des Testirers liegendes Mittel, einem noch nicht gebornen Menschen durch letzten Willen etwas zuzuwenden, was besonders für die Fälle hart und unbillig erscheinen mußte, wo die Ruption eines Testaments durch agnatio postumi möglich war. Hier also war ein auf billigeren Grundsätzen beruhendes Recht nothwendig. Dagegen kann es Jeder möglich machen, seinen Willen in Beziehung auf eine noch nicht existirende juristische Person zu realisiren, indem er für dieselbe nur die Bestätigung der Landesstaatsgewalt oder einer sonst dazu autorisirten Behörde nachsuchen darf. Was dort also auf einer ratio necessitatis beruhete, würde hier als durchaus entbehrbehrliche Einschränkung einer an sich sehr zweckmäßigen Regel des Erbrechts erscheinen.

Zweitens paßt aber auch die Bestimmung über die Postumen, so wie sie in unseren Rechtsquellen ausgesprochen ist, ganz und gar nicht auf juristische Personen. Postumen wurden für erbfähig erklärt, wenn sie beim Ableben des Erblassers bereits concipirt seyen, weil sie als-

zem von dem Spruchcollegium der Göttinger Juristenfacultät vollständig gebilligt wurde, dürfte nicht ohne Interesse für die Leser seyn, da unsere Literatur so wenig Beachtenswerthes über diese wichtige Rechtslehre aufzuweisen hat, wovon ich bei Bearbeitung derselben mich hinreichend überzeugen konnte.

dann wie wirklich existirende Wesen betrachtet wurden[17]). Es ist bekannt, welche wichtige Anwendungen die Römer sonst noch daran knüpften, daß ein Kind im Mutterleibe als lebend betrachtet werde, indem man für die Erhaltung seiner Existenz und seiner Vermögensrechte sorgte, ihm einen curator ventris ernannte u. s. w.[18]). In der That muß man daher alle juristischen Prinzipien verläugnen, um das, was über das Recht der Embryonen bestimmt ist, auf noch nicht zu Stande gekommene juristische Personen anwenden zu können. Dem Kinde im Mutterleibe werden Rechte zugeschrieben, weil es eine wirkliche, wenngleich unvollständige, Existenz hat. Worin soll hier nun der Aehnlichkeitspunct mit einer erst zu errichtenden juristischen Person liegen? Kann dieser etwa irgend eine Art juristischer Existenz schon dadurch zukommen, daß Jemand die Absicht ausspricht, sie stiften zu wollen? Kann man darum für sie Rechte und Sicherheitsmaaßregeln in Anspruch nehmen, wie sie das Gesetz den Embryonen zugesteht? Wäre dies möglich, so müßte auch schon der Wunsch, Kinder zu haben, oder doch die ausgesprochene Absicht, sich zu verheirathen und Kinder zu zeugen, Embryonen mit ihren Rechten zu verschaffen im Stande seyn. Denn nach logischen Regeln steht eine solche Erklärung mit der, daß man eine juristische Person stiften wolle, auf gleicher Stufe. In beiden Fällen fehlt es durchaus an einem Subject, welchem man Rechte zuschreiben, wofür ein Dritter als Geschäftsführer gericht-

17) L. 7. D. *de suis et legitim.* — L. 1. §. 8. D. *unde cogn.* (XXXVIII. 8.) — Vrgl. Bd. 39. d. Comment. S. 366. 396. 406.

18) S. Bd. 39. d. Comment. S. 364.

lich oder außergerichtlich auftreten, gegen dessen Existenz gefrevelt werden könnte, wie gegen die des Kindes im Mutterleibe. Wer unbefangen sieht, wird daher auch die Bemerkung nicht ohne Grund finden, daß das Unpassende einer Vergleichung zwischen dem Embryo und einer künftigen juristischen Person sich schon durch argumenta ab absurdo darthun lasse [19], — eine Bemerkung, auf welche man sich bisher gar nicht vollständig eingelassen hat [20], oder die man durch ein bloßes Machtwort zu beseitigen suchte [21]. Wer Aehnlichkeiten finden will, wird sie überall finden. Auch die verschiedenartigsten Dinge und Begriffe haben irgend etwas mit einander gemein, und solche zufällige Aehnlichkeiten werden sich denn auch zwischen Embryonen und einer beabsichtigten Schöpfung juristischer Personen finden; wesentliche Aehnlichkeitspunkte aber, wie solche zu einer analogischen Anwendung erfordert werden, wird schwerlich Jemand zu entdecken im Stande seyn. — Der Embryo existirt und lebt schon nach Naturgesetzen; das positive Recht erkennt dies Leben auch als ein juristisch wirksames an und sichert die daran sich knüpfenden Rechte und Erwerbsmöglichkeiten. Was aber physisch überall nicht existirt, sondern erst durch eine juristische Fiction die Eigenschaft eines Rechtssubjects erhält, kann — wie überhaupt Alles, zu dessen Begründung ein eigentliches Rechtsgeschäft gehört — auch in

19) Vrgl. meine Beurtheilung u. s. w. S. 274 fg. (Nr. 3.)

20) Northoff a. a. O. S. 123.

21) S. Klüber Abhandl. und Beobacht. für Geschichtskunde, Staats- und Rechtswissenschaft. Erster Bd. (Frkf. 1830.) Abs. IX. S. 361.

keiner Beziehung früher existiren, bis der Act seiner Begründung erfolgt ist.

Vergebens sieht man sich auch bei den Vertheidigern der hier zur Frage stehenden Anologie nach irgend haltbaren Gründen um. Der „Kunstembryo", der „embryo moralis", der „uterus moralis" im Gegensatz des uterus physicus [22]) sind, gelinde ausgedrückt, wissenschaftliche Verirrungen, die man am anständigsten behandelt, wenn man sie ganz ignorirt [23]). Und daß die meisten

22) Vrgl. Paulus über den Rechtsstreit wegen Erbfähigkeit der von Städel gestifteten Kunstanstalt. (Heidelb. 1827.) S. 61 fg. Klüber in den angef. Abhandl. S. 347—352. S. 361—363.

23) In den Braun'schen Erört. zu Thibaut's Pandekten findet sich folgende Stelle: „Man hat vielfach gegen das Städel'sche Institut auch die Lehre von den postumis angewendet, obgleich hier diese weit hergeholte Anologie dem Institut nicht eben gefährlich war. Denn wenn man mit Rechtsbegriffen spielen will, so kann man auch recht elegant sagen: ein solches Institut ist eine Idee im Kopfe des Testators, und darf mithin vel quasi als embryo tempore testamenti conceptus angesehen werden." (S. 723. Nr. 3.) Nun sind es aber gerade Vertheidiger des Städel'schen Testaments, welche nach der Analogie der Erbeinsetzung eines postumus das Testament aufrecht erhalten wissen wollten, und schon in meiner Beurtheilung habe ich diese Idee in ihrer ganzen Blöße darzustellen gesucht (S. 274 fg.). Es ist daher wohl außer Zweifel, daß Herr Braun, oder wie der Heftschreiber sonst heißt, den Lehrer mißverstanden hat, der vermuthlich nur sagen wollte: den postumus hätten die Vertheidiger des Testaments besser ganz aus dem Spiel gelassen. Nichtsdestoweniger hat man bei Gelegenheit des Blum'schen Erbfalls diese Heftautorität mit Begierde ergriffen und darin, sonderbarer Weise, ein Argument für

Rechtsgrundsätze, welche juristische Personen betreffen, auf einer Uebertragung der für physische Personen eingeführten beruhen [24]), kann man gerne zugeben, ohne daß darum eine Gleichheit beider in Ansehung der auf besonderen Gründen beruhenden Rechte angenommen werden darf. Wie bedenklich diese Analogie sey, haben manche Vertheidiger derselben auch recht wohl eingesehen, sich daher auf

die Giltigkeit des Blum'schen Testaments zu finden geglaubt! S. Hannov. jurist. Zeit. v. 1832. Nr. 12. — Von welchen Mißverständnissen das Braun'sche Heft wimmelt, mag auch noch eine andere mit unserem Gegenstande in Verbindung stehende Stelle beweisen. Ein Vertheidiger des Städel'schen Testaments hatte die Pietät der Stiftung unter Anderem auch durch den religiösen Gegenstand mancher in der Städel'schen Sammlung befindlichen Gemälde zu beweisen gesucht. Dagegen wurde nun in meiner Beurtheilung erinnert: „soll aus dem Gegenstande der Bilder der Charakter des Instituts bestimmt werden, so müssen dabei nothwendig doch auch die darin befindlichen weltlichen Abbildungen in Betracht kommen. Und welchen Namen würde nach einzelnen derselben alsdann das Institut wohl erhalten müssen!" (S. 146.) Unser Heftschreiber hat denn auch dies wieder mißverstanden, indem er sagt: „in Beziehung auf weltliche Gemälde war freilich nicht Alles pium zu nennen, welches denn die Gegner des Instituts sehr hervorgehoben haben." (S. 723.) Man traut seinen Augen kaum, wenn man dies lies't. Wer hat denn auf so etwas Gewicht gelegt? Doch wahrlich nicht Der, welcher die Idee bekämpft, daß wegen der geistlichen Gemälde einer Kunstsammlung dieser das Recht einer pia causa zugestanden werden müsse! Auf diese Weise ist es allerdings nicht schwer, Jemanden zu widerlegen. Vrgl. oben die Note 10.

24) Northoff a. a. O. S. 122.

andere Weise zu helfen gesucht, indem sie entweder den Satz, daß ein noch nicht existirender Mensch wenigstens beim Tode des Erblassers concipirt seyn müsse um zu erben, ganz läugnen[25]), oder sich darauf stützen, daß man ja eine Analogie überhaupt annehmen könne, ohne gerade Alles und Jedes, was von dem ursprünglichen Begriff gelte, auf den nachgebildeten zu übertragen[26]). Also, zuerst wird eine Gleichheit der juristischen Grundsätze für Postumen und für juristische Personen behauptet, sofern die Analogie aber dem zu vertheigenden Resultat im Wege steht, wird sie verworfen! Indessen wie willkührlich ein solches Verfahren sey, zeigt sich wohl nirgends deutlicher, wie hier. Wenn Erbfähigkeit unter gewissen Voraussetzungen anerkannt wird, so ist es ohne gänzliche Verläugnung der Regeln, welche für analogische Anwendung gelten, durchaus unmöglich, dies Recht getrennt von jenen Voraussetzungen auf andere Fälle zu übertragen. Folglich muß man entweder die Analogie

25) Der Verf. des Leipziger Gutachtens über das Städel'sche Testament hatte in dem Gutachten selbst die richtige Ansicht angenommen; s. das Progr. von C. F. Wenck de pia causa in eodem testamento et constituta et ad hereditatem vocata (Lips. 1827). p. 8. 9. In dem Beitrag u. s. w. nimmt er diese Meinung wieder zurück, ohne andere Gründe dafür anzuführen, als daß er sich nach genauer und wiederholter Prüfung von dem Ungrunde derselben überzeugt habe (S. 29 fg.). Die Gründe meiner entgegenstehenden Ueberzeugung habe ich in dem 39. Bd. d. Comment. S. 413 fg. ausführlich dargelegt, worauf ich mich hier beziehe.

26) Northoff a. a. O. S. 123.

hier ganz fallen lassen, oder den uterus moralis mit in den Kauf nehmen[27]).

d) Ob die Einsetzung Unfähiger unter der ausdrücklichen Bedingung künftiger Fähigkeit rechtlich möglich sey? darüber ließe sich allerdings streiten. Doch ist die gemeine Meinung dafür, und auch an einer anderen Stelle des Commentars vertheidigt[28]), nur mit der Einschränkung, daß die Regel: der Erbe müsse beim Ableben des Erblassers wenigstens schon concipirt seyn, durch keine Bedingung beseitigt werden könne, weil dies mit dem besonderen Grunde dieser Regel unverträglich sey[29]). Für noch nicht existirende juristische Personen dagegen, ist die Zuläßigkeit bedingter Erbeinsetzungen unbedenklich anzunehmen, auch darf man hier, wie in anderen Fällen, es für genügend halten, wenn der Testirer auch nicht gerade gesagt hätte: er setze ein Institut u. s. w. unter der Bedingung künftiger Existenz ein, falls sich nur aus der

27) Beiläufig bemerke ich noch, daß, wenn man die constitutio de incertis personis ja auf die Erbfähigkeit juristischer Personen beziehen zu dürfen glaubt, auch die in der lex rest. enthaltenen Worte: ii, qui tempore mortis testatoris fuerint inventi in catalogo, nicht unberücksichtigt bleiben können; diese aber würden dann offenbar auf die beim Tode des Testirers in dem öffentlichen Verzeichnisse befindlichen, mithin bereits vorhandenen, juristischen Personen zu beziehen seyn. Indessen ergiebt sich gerade aus dem Satze, wovon jene Worte einen Theil bilden, daß hier überhaupt nicht von dem Erbrechte der Collegien, sondern von dem der Mitglieder derselben die Rede ist; s. Bd. 39. d. Comment. S. 441 fg.

28) S. Bd. 39. d. Comment. S. 145 — 158.

29) Bd. 39. d. Comment. S. 419 fg.

Fassung der Disposition mit Bestimmtheit ergiebt, daß er dies habe sagen wollen[30]). Doch weiter darf man

30) S. z. B. L. 51. pr. D. *de leg.* II. L. 23. D. *de condit. institut.* (XXVIII. 7.) — Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß eine sich von selbst verstehende Bedingung (conditio juris s. tacita) weder mit einer zu vermuthenden, noch mit einer eigentlich s. g. stillschweigend oder implicite ausgedrückten zu verwechseln sey. Nur wegen der bei Gelegenheit unserer Streitfrage von diesen Begriffen gemachten unrichtigen Anwendungen bemerke ich hierüber Folgendes: a) Erbfähigkeit ist eine sich von selbst verstehende Bedingung. Wenn indessen das Gesetz deren Daseyn schon bei dem Geschäft verlangt, wodurch ein Rechtserwerb begründet werden soll, und nur darin nachgiebt, daß die Bedingung der künftigen Fähigkeit ausgedrückt werden kann, so darf ohne logischen Widerspruch gewiß nicht angenommen werden, daß sie darin stets für ausgedrückt zu achten sey, weil sie eine sich von selbst verstehende rechtliche Voraussetzung der Wirksamkeit des Geschäfts enthalte! — b) Vermuthet wird eine Bedingung, wenn durch die Umstände oder den Inhalt einer Disposition es wahrscheinlich wird, daß der Urheber der Verfügung sie habe ausdrücken wollen. Diese Wahrscheinlichkeit ist in Beziehung auf fideicommissarische Anordnungen, wobei überhaupt niemals auf den Ausdruck gesehen wurde, vielfach zur Gewißheit erhoben (s. z. B. L. 102. D. *de condit. et dem.* XXXV. 2. L. 74. pr. D. *ad Sct. Treb.* XXXVI. 1.), oder zu einer s. g. praesumtio juris et de jure geworden; daß aber Vermuthungen da nicht genügen können, wo das Gesetz einen festen und zweifellosen Willensausdruck verlangt, wird wohl nicht erst erwiesen werden dürfen. — c) Der Ausdruck stillschweigende Bedingung leidet mehrere Erklärungen, indem er sich auch sowohl auf die juris conditiones als auf die präsumtiven beziehen läßt. Hier wird darunter eine implicite ausgedrückte verstanden, d. h. wenn zwar eine

nicht gehen, ohne den Grundsatz selbst zu zerstören. Dies würde offenbar der Fall seyn, wollte man so argumentiren: weil es nicht bezweifelt werden kann, daß der Testirer eine noch nicht existirende Person unter der Voraussetzung und in der Erwartung ihrer Existenz eingesetzt habe, so versteht sich die Bedingung künftiger Existenz immer von selbst[31]). Es soll hier nicht geltend gemacht werden, daß bei förmlichen Rechtsgeschäften es ja überhaupt keineswegs für gleichgiltig gehalten werden darf, ob eine Bedingung erklärt ist, oder sich als tacita conditio von selbst versteht[32]), ferner daß (wie oben gezeigt

eigentliche Bedingungsformel fehlt, aus den gebrauchten Ausdrücken aber die bedingende Erklärung mit Sicherheit zu erkennen ist; z. B. wenn ein Testirer eine Stiftung durch Erbeinsetzung begründen will und sich dabei so ausdrückt: er setze das nach seinem Tode obrigkeitlich zu confirmirende Institut zum Erben ein. Ob die röm. Juristen dies für genügend erachtet haben würden, auch wenn die L. 62. D. *h. c.* („in tempus capiendae hereditatis institui heredem posse benevolentiae est") nicht blos auf den Mangel des jus capiendi, sondern auf eigentliche Erbunfähigkeit gieng? das kann allerdings bezweifelt werden; auch habe ich mich in der Beurtheilung u. s. w. hierüber verneinend geäußert. Erwägt man indessen, daß ein buchstäblicher Ausdruck der Bedingung doch nicht vorgeschrieben ist, und im neueren Rechte ohnedies auf Wortformeln selbst bei Erbeinsetzungen es nicht mehr ankommt, so wird man für die Giltigkeit der Erbeinsetzung in dem angenommenen Falle wohl den favor. ult. volunt. geltend machen dürfen.

31) S. Wenck in d. angef. Beitr. S. 35 fg.

32) Ich darf wohl nur an den (hier freilich im umgekehrten Verhältnisse anzuwendenden) Satz erinnern: „expressa

wurde) die Distinction zwischen Existenz und Fähigkeit, worauf allein die Theorie einer sich von selbst verstehenden Bedingung mit einigem Schein gestützt werden kann, für unbegründet zu halten ist. Denn will man auch hievon ganz absehen und Alles auf den Willen des Erblassers stellen, so ist es ja doch keineswegs außer Zweifel, ob er so, wie geschehen, verfügt haben würde, wäre ihm bekannt gewesen, was die Gesetze zur legalen Existenz einer Persönlichkeit erfordern, ob er nicht vielmehr für diesen Fall andere Maaßregeln getroffen haben würde, um das mit vollständiger Sicherheit zu erreichen, was er durch seinen letzten Willen bezweckte. Nur der Ausdruck der Bedingung künftiger Fähigkeit kann also erst durch die sichere Ueberzeugung gewähren, daß es an der festen Willensbestimmung (dem certum consilium) nicht fehle, deren Daseyn aus der Disposition selbst erhellen muß. Da sich auch hierüber schon eine nähere Ausführung an einem anderen Orte des Commentars findet, so wird eine Verweisung darauf genügen [33]).

Die so eben (unter 3) behaupteten Gegenargumente gehen von der Voraussetzung aus, daß Persönlichkeit (physische oder juristische) die Bedingung einer giltigen oder doch wirksamen Erbeinsetzung sey. Man hat aber

4) auch einen ganz entgegengesetzten Weg eingeschlagen, um die Erbeinsetzung aller und jeder Einrichtungen zu gemeinnützigen Zwecken zu rechtfertigen. Man läugnet nämlich die persönliche Selbstständigkeit solcher Anstalten und will sie nur als einen Inbegriff von Vermögensrech-

nocent, non expressa non nocent" (L. 195. D. *de reg. jur.* vgl. mit L. 77. in f. *eod.*)

33) Bd. 39. d. Comment. S. 418—422.

ten betrachtet wissen, welches (so fern die Stiftung von Privatpersonen ausgeht) einer kirchlichen oder weltlichen Gemeinheit unter Auferlegung eines modus gegeben sey[34]). Alle und jede gemeinnützigen Stiftungen sollen nämlich res universitatis seyn, und der Zweck einer Stiftung müsse bestimmen, welcher universitas sie angehöre, — ob dem Staat, der Kirche, oder einer anderen Gemeinde; wenn daher z. B. eine Stiftung an einem gewissen Ort fixirt werde, um demselben zum Nutzen oder zur Zierde zu gereichen, so sey sie eine res dieser Ortsgemeinde, ohne gleichwohl zu deren Vermögen zu gehören[35]).

34) Roßhirt im Archiv für civil. Praxis Bd. X. Nr. XIII. und in seiner Ausg. des Mackeldey'schen Lehrbuchs §. 145. Note a. (Vgl. auch das Gutachten der Heidelberger Juristenfacultät in der Städel'schen Prozeßsache. S. 7 fg.) Fritz in seiner Ausgabe des v. Wening'schen Lehrb. Bd. I. §. 69. und in seinen Erläuterungen, Zusätzen und Berichtigungen zu diesem Lehrb. I. S. 153. Northoff a. a. O. S. 13—37. (§. 6. 7.). — Ich werde übrigens einer ausführlichen Kritik dieser Ansicht überhoben seyn können, theils weil Vieles hieher Gehörige bereits gegen den Schluß des vorigen Bandes und zu Anfang des gegenwärtigen (bei Erörterung der ersten Frage) vorgetragen ist, theils weil ich nicht vollständig wiederholen mag, was sich hierüber in meiner Beurtheilung u. s. w. (besonders S. 63—83) gesagt findet. In einigen Puncten habe ich allerdings meine Ueberzeugung geändert, in der Hauptsache dagegen kann ich diese nach wiederholter und ernstlicher Prüfung nicht aufgeben, weiß auch den früheren Gründen wesentlich nichts beizufügen.

35) Roßhirt a. a. O. S. 324. (Nr. 2.) Man sieht aus diesem Beispiele, wohin die ganze Deduction zielt; denn ungefähr so hatte sich Städel in seinem Testamente ausgedrückt.

Die Gründe für diese Ansicht sind hauptsächlich, einmal, weil es sonst an einem Rechtssubject ganz fehlen würde, sodann bezieht man sich auf die bekannten Bestimmungen des röm. und canonischen Rechts über den Zusammenhang der Kirche mit der Armenpflege und den Wohlthätigkeitsanstalten, worauf denn ohne Weiteres ein ähnlicher Zusammenhang sonstiger gemeinnütziger Institute mit dem Staat oder städtischen Gemeinden gebaut wird.

Was nun

a) die Behauptung anbetrifft, die Stiftung könne nicht ihr eignes Subject seyn, so liegt hierbei offenbar ein zu enger Begriff vom Rechtssubject zum Grunde. Der Begriff einer juristischen Person ist überhaupt ein reiner Rechtsbegriff, eine Fiction; er ist dies nicht weniger bei den universitatis personarum, als bei einer Stiftung, welche nicht zu den bon. universitatis gehört, indem auch dort die Persönlichkeit nicht an einzelnen Personen geknüpft wird, — nicht also an etwas äußerlich Erscheinendes, sondern an etwas im Begriff Gedachtes. So gut mithin eine Mehrheit von Personen als durch eine Rechtsidee zu einer Einheit verbunden gedacht, und an diese fingirte Einheit die Eigenschaft eines Subjects von Rechten und Verbindlichkeiten geknüpft werden kann, gerade eben so gut ist es auch möglich, einen Inbegriff von Vermögensrechten in Beziehung auf einen bestimmten Zweck mit Persönlichkeit zu bekleiden. Alle von physischer Unmöglichkeit hergenommenen Demonstrationen könnten auch gegen eine personarum universitas gerichtet werden, und kommen überhaupt nicht in Betracht, wenn von rein juristischen Begriffen die Rede ist. In der That hat man dies auch von jeher in Beziehung auf Einrichtungen für besondere Zwecke, welche sich fast

allenthalben noch neben den eigentlichen Staats- oder städtischen Anstalten finden, anerkannt, d. h. das Institut selbst als das eigentliche Rechtssubject gedacht[36]) und

36) Zwar ist von Neueren behauptet, die Ansicht, daß milde Stiftungen für selbstständige Personen zu halten seyen, habe man früher nicht gekannt, und erst seit dem Erscheinen des Grundrisses der Pandekten von Heise sey sie in die Lehrbücher gekommen (s. z. B. Fritz a. a. O. S. 153). Indessen, wenngleich das erst in neuerer Zeit sichtbare Bestreben der Rechtslehrer, jedem Rechtsbegriff auch im System seinen Platz zu sichern, allerdings die Veranlassung geworden ist, daß wir jetzt allenthalben auch das juristische Verhältniß der piae causae berücksichtigt finden (s. oben S. 2), so widerstreitet es doch aller Erfahrung, daß blos durch doctrinelle Berücksichtigung von Rechtssätzen und Begriffen, welche früher lediglich der Praxis anheim gegeben, oder bei Jedermann durch tägliche Wahrnehmung als bekannt vorausgesetzt werden konnten, wesentlich veränderte Rechtsbegriffe aufkommen; die Doctrin fußt nämlich in solchen Fällen zunächst auf das Bekannte und Anerkannte, wenngleich dadurch gewöhnlich eine genauere Erörterung der Sache, mithin auch wohl mancher begründete Zweifel in Ansehung dessen, was man bisher für ausgemachte Wahrheit hielt, veranlaßt wird. Auch in Beziehung auf die Fragen, welche hier uns beschäftigen, ist dies der Fall gewesen und über Manches denken jetzt wohl alle Juristen anders, als dies noch vor Kurzem der Fall war. Allein im Ganzen haben die neuesten Untersuchungen über Begründung und das juristische Verhältniß der piae causae doch nur zu einer Bestätigung des längst Geglaubten und in der Praxis Befolgten geführt, und solche Sätze, wie der, daß es an einem Rechtssubject fehlen würde, wenn man die Persönlichkeit der milden Stiftungen nicht für identisch mit der einer weltlichen oder kirchlichen Gemeinde halten wolle, werden daran sicher nichts ändern. Auch weiß ich nicht,

practisch als solches behandelt. Das Institut schließt Verträge, erwirbt Rechte aller Art, belastet sich mit Verbindlichkeiten, ist befreit von Abgaben, wird in integrum restituirt, führt Prozesse, vergleicht sich u. s. w., und dies Alles nicht etwa nur als besonderer Zweig staatsrechtlicher oder städtischer Verwaltung, sondern der Staatsregierung oder der Stadt gegen über[37]); kann man

wie es sich mit der Consequenz verträgt, wenn bemerkt wird, „daß sie (die piae causae) Vermögen und Rechte haben, beweis't die tägliche Erfahrung, und so ist es natürlich gekommen, sie als eigene juristische Gestalten auftreten zu lassen" (Roßhirt a. a. O. S. 321. §. 4), oder: „es soll durch diese Darstellung nicht geläugnet werden, daß man den Begriff von juristischer Person über den Begriff der universitatis hinaus erstrecken kann" u. s. w. (ebendas. S. 327. §. 6.). Wo bleibt denn nun aber die Unmöglichkeit, die Stiftung selbst als das Vermögenssubject zu betrachten?

37) M. s. meine Beurtheil. S. 79. Not. 68. Nr. 2. u. S. 82. ferner Bd. 39. d. Comment. S. 449 a. E. fg. Vrgl. auch besonders das Göttinger Gutachten in der Städel'schen Prozeßsache p. 14, wo unter Anderem sich folgende bemerkenswerthe Aeußerungen finden: „das Institut selbst, als moralische Person, mithin als Rechtssubject, kann kein Object des Eigenthums seyn. — — Es ist — eine falsche Prämisse, daß eine jede Stadt als solche für die Eigenthümerin des Vermögens aller in ihren Mauern bestehenden und ihr zur Zierde oder zum Nutzen gereichende Institute zu halten sey. Mit diesem Satze würde den Städten auf einmal das Eigenthum des gesammten Vermögens der binnen ihren Ringmauern bestehenden Kirchen, Klöster, Hospitäler, Zünfte u. s. w. beigelegt werden. Die ganz unverkennbare Unrichtigkeit einer solchen Behauptung läßt sich nicht nur a priori leicht darthun, sondern man wird sich auch durch einen

denn etwa mit sich selbst contrahiren, gegen sich selbst einen Prozeß führen u. dgl. m.? Da diese Frage ohne Verläugnung aller juristischen Prinzipien nicht bejaht werden kann, die in Bezug genommenen thatsächlichen Erscheinungen selbst aber zugegeben, oder doch wenigstens nicht in Abrede gestellt werden, so muß dadurch auch der Beweis der eignen Persönlichkeit von gemeinnützigen Einrichtungen, welche nicht als eigentliche Regierungsanstalten erscheinen, für erbracht gehalten werden [38]).

Blick in die Wirklichkeit leicht von derselben überzeugen, wenn man nur nicht die den städtischen Obrigkeiten in Ansehung der Aufsicht auf die Verwaltung und statutenmäßige Verwendung der Stiftungsfonds gebührenden obrigkeitlichen Rechte mit dem Eigenthumsrecht verwechselt". S. auch das Gutachten der Juristenfacultät zu Kiel, S. 15.

38) Noch einmal müssen hier die obigen Worte wiederholt werden: die angeführten thatsächlichen Erscheinungen läugnet Niemand. In Gutachten und Urtheilen, welche sich für die Giltigkeit des Städel'schen Testaments erklärten, wird selbst der Grundsatz: *piae causae* haben eine eigne Persönlichkeit, und diese knüpft sich an das Vermögen derselben, zugegeben; (so in dem Berliner Gutachten. Frkf. 1827. S. 6 fg.; ferner in der Rechtfertigung des von der Bonner Juristenfacultät ergangenen Erkenntnisses, von C. A. v. Droste. S. 26 fg.), und die Giltigkeit der Städel'schen Disposition aus anderen Gründen zu deduziren gesucht. Roßhirt stützt seine Annahme, es könne ein Institut ohne eigene Persönlichkeit dennoch als Vermögenssubject betrachtet werden und als eigene juristische Gestalt auftreten, darauf: die Stiftung sey zwar eine *res* universitatis, aber nicht zum patrimonium derselben gehörig (a. a. O. S. 324); ohne sich darüber zu

b) Der eigentliche Zusammenhang der Wohlthätigkeitszwecke und Anstalten mit der Kirche ist oben bereits nachgewiesen[39], und auch frühere Darstellungen stimmen damit völlig überein[40], außer daß die Ansicht: die Erbeinsetzung der Armen sey immer als Einsetzung der Kirche zu betrachten[41], jetzt modifizirt und angenommen ist, die

erklären, ob denn etwas als meine res betrachtet werden, und dennoch als mein Gegner wider mich auftreten könne. Northoff (a. a. O. S. 28) erwiedert auf meine Verweisung an die Vorsteher solcher Institute, wie sie wohl in allen größeren Städten sich finden, so wie an die Sachwalter und Richter, welche sich je mit den Rechtsangelegenheiten derselben zu beschäftigen hatten (meine Beurtheilung S. 79. Note): es könne wohl möglich seyn, daß Jene im ersten Augenblick und ohne reifliche Ueberlegung kein Bedenken gegen diese Persönlichkeit hegen möchten; auch giebt er zu verstehen, daß ich mir selbst widerspreche, wenn ich auch den eigentlichen Staatsanstalten, die sich doch ohne Zweifel im Eigenthum des Staats befinden, Persönlichkeit zuschreibe. — Ob nun eine reifliche Ueberlegung der Sache wirklich zu dem Resultate führen könne, daß es möglich sey, mit sich selber zu contrahiren, zu prozessiren u. dgl. m., das darf wohl dem Urtheil jedes Unbefangenen überlassen werden, und eben so die Würdigung meiner (S. 72 fg. der Beurtheil. sich findenden) Bemerkung, daß bisweilen auch eigentliche Staatsanstalten die Rechte besonderer juristischer Personen erhalten, ohne daß dadurch ihr rechtliches Verhältniß zu dem Staate selbst sich wesentlich ändere. Wer hier einen Widerspruch nicht finden will, wird ihn auch sicher nicht entdecken! Eine weitere Polemik darüber würde hier nicht am Orte seyn.

39) Bd. 39. d. Comment. S. 448 fg.

40) Meine Beurtheil. u. s. w. S. 170 fg.

41) Ebendas. S. 172 a. E.

Armen selber, oder vielmehr der reine Wohlthätigkeitszweck, seyen hier als eingesetzt zu betrachten[42]). Zugleich ist auf die unläugbare Thatsache hingewiesen, daß sich jene Verbindung mit der Kirche nirgends mehr vollständig finde, vielfach auch ganz aufgehört habe, wie denn namentlich die eigentlichen Armenanstalten jetzt gewöhnlich den Staatsregierungs- oder städtischen Behörden unterworfen seyen[43]). Auf unsere gegenwärtige Frage hat dies Alles nicht den geringsten Einfluß. Es könnte das Verhältniß der Wohlthätigkeitsanstalten zur Kirche ganz und gar noch dasselbe seyn, wie es im röm. und can. Recht festgesetzt ist, ohne darum annehmen zu dürfen, die Persönlichkeit aller Stiftungen dieser Art sey durchaus identisch mit der Persönlichkeit der Kirche selbst (s. Bd. 39. S. 450). Es ist ferner auch nie geläugnet, daß die Möglichkeit einer Stiftung solcher Anstalten durch Privatverfügungen jetzt noch ganz in dem Umfange gelte, wie jene Rechte sie anerkennen[44]). Zugleich aber wurde ausge-

42) Bd. 39. d. Comment. S. 458 fg., wo auch zugleich über die Bedeutung und den Zweck dieser Anomalie genauere Erörterungen vorkommen.

43) S. Bd. 39. d. Comment. S. 464 fg. — Auch die oben (S. 22 fg.) erwähnten Streitigkeiten der früheren Juristen beweisen deutlich, daß damals schon nicht alle Wohlthätigkeitsanstalten mit der Kirche mehr in der Verbindung standen, wie dies in den gemeinen Rechtsquellen angenommen wird. Vgl. auch oben S. 33. Doch kommt dies hier gar nicht in Betracht; s. die folg. Bem. im Text.

44) S. oben S. 36 fg. — Fritz in der angef. Erläuterung S. 153 fg. nimmt an, daß ich in Ansehung des Sinnes der gemeinrechtlichen Quellen der Roßhirt'schen Ansicht beitrete, indessen die Behauptung aufstelle, diese seyen durch

führt, daß davon kein Schluß auf alle und jede gemeinnützige Anstalten gemacht werden dürfe[45]), und somit reduziren sich denn alle Beweisgründe für das Gegentheil wieder auf den vorher (unter Nr. a) bereits widerlegten Satz: gemeinnützige Anstalten können überhaupt keine selbstständigen Subjecte seyn, sondern ihre Persönlichkeit geht in der Persönlichkeit einer, geistlichen oder weltlichen, universitas auf. Jedoch mag hier darüber noch Einiges von dem bemerkt werden, was sich bereits an einem anderen Orte ausgeführt findet[46]).

Die Beschränkung der Persönlichkeit und der vermögensrechtlichen Verhältnisse durch staatshoheitliche Rechte äußert sich, der Natur der Sache nach, einflußreicher bei juristischen Personen, als bei anderen Unterthanen, und zwar tritt dieselbe um so mehr hervor, je näher die Zwecke der juristischen Personen mit Staats- und Regierungszwecken stehen, wie dies namentlich bei allen eigentlich gemein-

das gemeine ungeschriebene Recht abgeändert; da dieses aber nicht erwiesen sey, so müsse man das gemeine Recht als entscheidend ansehen u. s. w. — Daß ich nun der Roßhirt'schen Ausführung nie beigestimmt habe, ergiebt sich schon aus der Note 68 meiner Beurtheilung u. s. w. S. 78. 79, von einer Uebereinstimmung unserer Interpretationen aber kann überall nicht die Rede seyn, da sich bei Roßhirt gar keine eigentliche Interpretation, sondern nur eine kurze historisch-dogmatische Andeutung findet. Was ich in Beziehung auf die Abweichung des heutigen vom röm. Rechte annehme, ist im Text bemerkt und steht mit der hier zur Frage stehenden Differenz eigentlich in gar keiner Verbindung.

45) S. oben S. 48 fg.

46) Meine Beurtheil. S. 63 fg.

nützigen Anstalten der Fall ist. Daraus aber darf so wenig gefolgert werden, daß das Vermögen solcher Stiftungen dem Staate wirklich gehöre, noch daß denselben überall keine Persönlichkeit zukomme. Nur wenn Stiftungen dieser Art von der Staatsregierung selbst angeordnet sind, ist dies der Fall, und auch selbst alsdann geschieht es nicht selten, daß ihnen das Recht einer moralischen Person beigelegt wird, um ihnen in Beziehung auf Rechtserwerbungen und gerichtlichen Schutz eine gewisse Selbstständigkeit zu verschaffen, ohne daß sie dadurch aufhören, Zweige des gesammten Staatsorganismus zu seyn. Gesetzt aber auch, daß sich kein wesentlicher Unterschied fände zwischen eigentlich staatsrechtlichen Einrichtungen mit dem Rechte moralischer Personen und denen, welche auf Privatstiftungen beruhen, so folgt ja daraus doch noch keineswegs, daß jede gemeinnützige Stiftung auch als eine eigentlich staatsrechtliche anzusehen, folglich deren Persönlichkeit identisch sey mit der des Staats. Immer kehrt die Frage wieder zurück: ist denn die Begründung einer solchen Anstalt durch Privatwillkühr, oder, was einerlei ist, die Erbeinsetzung einer noch nicht existirenden Anstalt dieser Art möglich? Diese Frage aber ist nach unserer obigen Ausführung zu verneinen. Wer gemeinnützige Staatsanstalten stiften will, kann dies dadurch bewirken, daß er den Staat, eine Commune, oder eine bereits bestehende Staatsanstalt honorirt, mit dem modus, das durch diese Zuwendung Erhaltene zu dem beabsichtigten Zweck zu verwenden [47]. Außerdem gestattet das röm.

47) Meine Beurtheil. S. 71. 72. — „Was denselben (den Staatsanstalten) geschenkt, vermacht, oder sonst auf irgend eine Weise erworben ist, gehört dem Staate, und es ist

Recht ausdrücklich eine Erbeinsetzung zu rein wohlthätigen Zwecken (s. oben S. 36 fg.). Nur eine juristische Person kann Niemand durch Privatwillkühr erschaffen, auch selbst nicht in Beziehung auf wohlthätige Zwecke; wer also dies will, oder sonst die Stiftung einer gemeinnützigen Einrichtung beabsichtigt, muß die Bestätigung der Staatsgewalt entweder vorher bewirken, oder die Giltigkeit seiner Disposition davon, daß jene erfolge, abhängig machen, oder seinen Erben die Ausführung seiner Absicht auftragen.

Zwei in mancher Beziehung einander ähnliche Erbschaftsstreitigkeiten (über das Testament des Kaufmanns Städel zu Frankfurt a. M. vom J. 1815 und über das des Landrentmeisters Blum zu Hildesheim vom J. 1832) haben die Aufmerksamkeit von ganz Deutschland auf sich gezogen. In beiden handelt es sich um die Frage: ob ein bedeutendes Vermögen den Intestaterben zufallen, oder ob ein von dem Erblasser beabsichtigtes gemeinnützi-

ganz gleichgiltig, ob hier der Staat selbst oder seine Anstalt genannt ist." — S. 73 ebendas. heißt es: es „sind die vom Staate gestifteten Unterrichts- und Wohlthätigkeits-Institute als wahre Staatsanstalten zu betrachten, —. —. Selbst dazu ist ihnen die Eigenschaft einer moralischen Person nicht einmal unentbehrlich, daß sie des Erwerbes durch letztwillige Verfügungen oder auf andere Art fähig werden." Ferner (S. 98): „Denn wer eine bestehende Staatsanstalt zum Erben einsetzt, hat implicite den Staat selbst eingesetzt." Endlich S. 124, wo bemerkt wird, daß die Erbeinsetzung einer Stadt, mit der Auflage, eine gemeinnützige Anstalt auf die im Testamente bestimmte Weise zu errichten, giltig geschehen könne. Vgl. noch ebendas. S. 77 a. E. fg.

ges und großartiges Institut ins Leben treten solle? In dem einen wie in dem anderen Falle hängt die Entscheidung davon ab: ob das Testament nach bestehenden Rechtsgrundsätzen auf Anerkennung und rechtlichen Schutz Anspruch zu machen haben? ja man kann in beiden die hauptsächlich streitige Frage so ausdrücken: ist eine erbfähige Person zum Erben eingesetzt, oder nicht? Die rechtlichen Prinzipien, wovon die Entscheidung zunächst abhieng, waren früher noch so gut, wie gar nicht erforscht; wenigstens lagen solche Forschungen dem Publikum nicht vor. Nach den bekannten Sätzen über s. g. **testamenti factio passiva** und das Erforderniß ihres Vorhandenseyns schon zur Zeit des errichteten Testaments, wie sie damals allgemein gelehrt wurden, mußte man die Erbeinsetzung in dem Städel'schen Testamente für ungiltig erklären. Auffallend war es daher, daß dennoch die meisten Stimmen sich zu Gunsten dieser Einsetzung entschieden, und zwar auf eine Art, welche, wie man sich darüber auch äußern mochte, ein mehr oder weniger verstecktes Verläugnen der Grundsätze enthielt, die bis dahin in Büchern und im mündlichen Vortrage gelehrt waren. Freilich steht keine Doctrinalmeinung so unerschütterlich fest, daß sie nicht durch eine richtigere Darstellung vollständig zu verdrängen wäre, zumal wenn die Veranlassung, sie anzuwenden, nicht so allgemein und so häufig vorgekommen ist, daß sich ein entschiedener Gerichtsgebrauch darüber hätte bilden können; auch haben unstreitig die durch den Städel'schen Prozeß veranlaßten Schriften manche Wahrheit ans Licht gefördert, die, vorher unbekannt oder unbeachtet, von dem entschiedensten Einfluß auf Theorie und Praxis seyn wird. Allein mit einem bloßen Widerspruch gegen die herkömmliche Ansicht ist es nicht gethan, und immer

mußte die Leichtigkeit auffallen, mit welcher man, dem großartigen Zweck zu Liebe, bisher anerkannte Rechts- und Interpretationsregeln, zu beseitigen wußte. Dagegen besonders war meine Schrift über den Städel'schen Prozeß gerichtet, welche in der Hauptsache die Billigung tüchtiger Rechtskenner erhielt [48]), mir aber auch eine herbe Erwiederung zuzog [49]), von deren Widerlegung mich theils der bald darauf erfolgte Tod des Verf., theils dessen sichtlich gereizte Stimmung abhielt [50]). Wie nun früher

48) s. J. A. Seuffert einige Bemerkungen über die Codicillarclausel und die Auslegung letzter Willen, veranlaßt durch den Städel'schen Beerbungsfall, Würzb. 1828 (mit den Worten meiner Schrift, als Motto: es gilt hier einen höhern Zweck, als alle Kunstinstitute der Welt: das Recht); Zimmern in s. Rec. der den Städel'schen Prozeß betr. Schr. in den Erlanger Jahrb. der jurist. Literatur (herausg. von Schunck) Bd. VII. S. 254 fg.

49) Wenck (der Ref. für das Leipz. Gutachten) in seinem oft angef. Beitr. u. s. w.

50) Nur eine Probe von der, dem trefflichen Wenck sonst durchaus fremden, Art zu polemisiren. Mich verdroß die Leichtigkeit, womit man im Voraus und ehe man noch die Sache ihrer ganzen Wichtigkeit nach gehörig hatte prüfen können, eine Aenderung in der künftigen Aufl. eines Lehrbuchs (des Mackeldey'schen) verhieß, und ich äußerte mich darüber S. 58 fg. Not. 56. der Beurtheilung. In derselben Schrift bekannte ich übrigens, hinsichtlich einzelner Puncte meine früheren Ueberzeugungen geändert zu haben, und bemerkte namentlich bei der Aeußerung: die gewöhnlich gemachten Ausnahmen von der Regel, daß es höhere Autorisation zur Stiftung juristischer Personen bedürfe, ließen sich nicht rechtfertigen: der Tadel treffe mein eignes Lehrbuch, und da dürfe ich denn wohl erwarten, daß man auf mich selbst anwenden werde, was ich oben über das Corrigiren der Lehr-

schon die Untersuchungen auf einem noch so gut wie gar nicht angebaueten Gebiete zu manchen Resultaten führten, welche mit meinen früheren Ansichten nicht übereinstimmten, so würde ich mich auch nicht schämen zu gestehen, daß eine Jahrelang fortgesetzte wiederholte Forschung und Erwägung meine früheren Ueberzeugungen völlig geändert hätten. Allein dies ist nicht der Fall; noch immer bin ich (wenngleich nicht ganz aus den nämlichen Gründen) der Meinung, daß das Städel'sche Testament ohne die Codicillarclausel nicht bestehen konnte, wogegen die Rechtsgiltigkeit des Blum'schen sich ebenfalls schon aus meiner

bücher nach den auf Veranlassung des Städel'schen Prozesses zur Sprache gekommenen Ideen gesagt habe. Indessen werde man mir wenigstens nicht nachsagen können, daß ich ohne eine genaue Prüfung der Quellenäußerungen, worauf man jene Annahme gegründet, meine Meinung geändert habe, und überdies sey es doch immer als Regel in meinen Lehrbuche angenommen, daß es der obrigkeitlichen Bestätigung bedürfe, wogegen künftig in dem erwähnten Lehrbuche die geradezu entgegenstehende Regel aufgestellt werden solle. (S. 194 fg. Note 148.) In dem Wenck'schen Beitrag nun ist diese letzte Aeußerung ganz ignorirt, dagegen bemerkt: „Unstreitig wird er nach den für die Ungiltigkeit des Städel'schen Testaments aufgestellten Normen künftig sein eignes Lehrbuch corrigiren müssen, was er an seinen Gegnern im Voraus belächelt" (S. 18. Note). Diese Aeußerung läßt allein schon den Sinn erkennen, in welchem die vermeintliche Widerlegung meiner Schrift abgefaßt war. — Daß übrigens die verheißene Aenderung des Mackeldey'schen Lehrbuchs nicht erfolgte, der Verf. mir vielmehr in der neuen Aufl. unbedingt beipflichtete (s. S. 145) gereicht der Wahrheitsliebe desselben zur höchsten Ehre, beweis't indessen immer, daß das Versprechen der Aenderung viel zu wenig überlegt gegeben war.

früheren Schrift vertheidigen läßt. Eine ausführliche Erörterung beider Fälle würde hier zweckwidrig seyn, zumal da schon in dem Obigen die wichtigsten Punkte zur Sprache gekommen sind, die mancherlei interessanten Nebenuntersuchungen aber, wozu der Städelsche Prozeß Veranlassung gab, mit den Fragen, welche uns hier zunächst beschäftigen, in gar keiner Verbindung stehen. Es wird daher die Hervorhebung folgender Punkte genügen: In dem Städel'schen Testamente war verordnet: „Meine Sammlung von Gemälden, Handzeichnungen, Kupferstichen und Kunstsachen, sammt dazu gehörigen Büchern, soll die Grundlage eines zum Besten hiesiger Stadt und Bürgerschaft hiermit von mir gestiftet werdenden Städel'schen Kunstinstituts seyn. D i e s e s Städel'sche Kunstinstitut setze ich zu meinem Universalerben in meinen gesammten dereinstigen Nachlaß an beweglichem und unbeweglichem Vermögen — — hiermit ein." In dem §. 2 erklärt der Erblasser: daß dieses von ihm gestiftete Städel'sche Kunstinstitut der Stadt Frankfurt zu einer wahren Zierde gereichen und zugleich deren Bürgerschaft nützlich werden möge; wonächst es denn weiter heißt: „Zugleich aber verordne ich, daß Kinder unbemittelter, dahier verbürgerter Eltern ohne Unterschied des Geschlechts und der Religion, welche sich den Künsten und Bauprofession widmen wollen, zur Erlernung der Anfangsgründe des Zeichnens durch geschickte Lehrer, oder in dem dahier bereits bestehenden Städtischen Zeichnungsinstitut und — — durch andere Meister in der historischen und Landschaftsmalerei, im Kupferstechen, — in der — Mathematik, ganz besonders aber in der Baukunst und denen in das Kunstfach einschlagenden Wissenschaften, unentgeldlich unterrichtet werden und die nöthige Unterstützung, auch

wohl — — in der Fremde, um sich zu nützlichen und brauchbaren Bürgern und Künstlern zu bilden, aus diesem meinem Kunstinstitut erhalten sollen." Ferner ernennt der Erblasser selbst ein Verwaltungspersonal, mit der Bestimmung, daß die Mitglieder desselben, so wie deren Nachfolger, zwar von dem Schöffen= und Appellationsgericht der Stadt Frankfurt auf diese seine Stiftungsurkunde (das Testament) in Eidespflicht zu nehmen seyen, dagegen für ihre Verwaltung auf keinerlei Weise verantwortlich gemacht werden sollen. Bei dem Abgange eines Administrators ergänzen die Verwalter sich durch freie Wahl, und, bei getheilten Stimmen, durchs Loos. Sodann wird hinzugefügt: „Diese meine ernannten Herren Administratoren sollen sammt oder sonders als die Repräsentanten des von mir zum Universalerben eingesetzten Städel'schen Kunstinstituts um die Einweisung in den Besitz meiner Verlassenschaft bei der Behörde nachsuchen, und, nachdem diese erfolgt seyn wird, als ernannte Testamentsvollzieher die von mir gemachten Particularvermächtnisse vorschriftsmäßig aus der Verlassenschaftsmasse berichtigen." An einer anderen Stelle des Testaments heißt es in Beziehung auf die ganze Einrichtung des Kunstinstituts, also auch die Anstellung, Besoldung und Verabschiedung der Lehrer und des sonst erforderlichen Stiftungspersonals — die Bestimmung des Locals, die Verwaltung der Fonds, die Bestimmung, welche Subjecte aus dem Institute Unterstützung genießen sollen, wie viel? und auf wie lange?: „Alles dieses, so wie die ganze unumschränkte Verwaltung des Instituts und was in irgend einer Hinsicht damit in Verbindung steht, bleibt, ohne irgend eine obrigkeitliche Rücksprache oder Genehmigung einholen zu

dürfen, dem freien Ermessen der angeordneten Stifter lediglich überlassen" (§. 3 des Testaments). Außerdem ist noch angeordnet, daß dieses Städel'sche Kunstinstitut für sich bestehen und mit keinem andern, ja selbst mit keinem Kunstinstitut, jemals verbunden, sondern von den angeordneten Vorstehern ausschließlich verwaltet werden solle; auch Beiträge, Vermächtnisse und Geschenke anderer Kunstliebhaber, unter Bedingungen, welche dem Geiste des Instituts und dem erklärten Willen des Erblassers im mindesten zuwider seyen, schlechterdings nicht angenommen werden dürften, wenn auch der augenscheinliche Vortheil des Instituts dabei zu Tage liegen sollte (§. 5. des Testaments Nr. a. b. c. a. E.). Uebrigens soll zwar den Vorstehern unbeschränkte Macht und Gewalt bei Einrichtung und Verwaltung des Instituts gegeben seyn, jedoch die Rechnung über die jährlichen Einnahmen und Ausgaben von einigen Mitgliedern des Frankfurter Magistrats als Rechnungsrevisoren geprüft werden [51]).

Für die Giltigkeit dieser testamentarischen Verfügung hat man sich nun hauptsächlich auf folgende Argumente berufen:

1) es sey die Stadt Frankfurt vom Erblasser eingesetzt [52]). Als Gründe dafür werden angegeben: der

51) Vrgl. meine Beurtheil. S. 39 fg., wo sich auch eine kurze Prozeßgeschichte, ferner der Maaßregeln, welche der Erblasser schon unter der Herrschaft des französischen Rechts traf, um seine Absicht zu realisiren, endlich die hieher gehörige Literatur findet.

52) Dieser Meinung sind v. Droste in der Rechtfertigung des Bonner Erkenntnisses S. 7. 8., die Verfasser der Gutachten zu Berlin (§. 6) und zu München (§. 5—10), Za-

Wille des Testators sey stets dem nackten Wortverstande des Testaments vorzuziehen, und im Zweifel allemal die Auslegung anzunehmen, wodurch ein letzter Wille aufrecht erhalten werde und die Verfügung wirksam erscheine. — Allein eine solche Interpretation ist hier ganz unmöglich, da der Erblasser seinen Willen, das Kunstinstitut einzusetzen, so klar ausgesprochen hat, daß man nicht begreift, wie er diese Absicht noch anders hätte ausdrücken sollen. Er setzt das Städel'sche Kunstinstitut zum Erben ein und bezeichnet auch sonst an mehreren Orten ausdrücklich das Institut als seinen Universalerben[53]). Wenn irgendwo,

charia über den das Städel'sche Kunstinstitut betreffenden Rechtsstreit (aus den Heidelb. Jahrb. besonders abgedruckt, Heidelb. 1827.) S. 7—12. (Nr. I.), Elvers Erörter. u. s. w. S. 77 fg. — Dagegen s. besonders das Göttinger Gutachten S. 12 fg. (wo unter Anderem gegen die Bonner Entscheidungsgründe, die sich auf bisher unerhörte Distinctionen stützen, erinnert wird: „daß die ganze Unterscheidung zwischen einem eigentlichen und uneigentlichen Erben, so wie zwischen einem genannten und gemeinten Erben rechtlich unstatthaft und den Gesetzen nicht nur fremd, sondern auch zuwider ist"), das Kieler Gutachten §. 6. 8., das Leipziger Gutachten (in dem Progr. von Wenck p. 9. 10. 17. 18. (Nr. I.) Meine Beurtheil. S. 83—110. S. 122—139. Seuffert Bemerk. über die Codicillarclausel S. 33—63. Zimmern in der oben (Note 48) angef. Recension. Eine eigenthümliche Ansicht des Geh. K. R. Paulus in Heidelberg (Einfache Rechts- und Verstandes-Ansichten über den Rechtsstreit wegen der Erbfähigkeit der von Städel gestifteten Kunstanstalt. Heidelberg 1827. S. 31 fg.), wonach zwar das Institut zum Erben, die Stadt aber als Nutznießerin eingesetzt seyn soll, ist einer ausführlichen Kritik unterworfen in m. Beurtheil. S. 111—122.

53) Das Göttinger Gutachten (S. 12) bemerkt hierbei: „durch

so leidet gewiß hier der Ausspruch des Juristen Paulus eine Anwendung: „Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio“[54]. Worin liegt hier irgend eine Zweideütigkeit des Ausdrucks? Oder wie kann man dem Testirer ein perperam scriptum[55]) Schuld geben? Wie sollte er seinen Wunsch, das

welche Widerholung er unverkennbar eine jede Mißdeutung seines Willens ausschließen und insbesondere gerade diejenige Auslegung der Erbeinsetzung verhüten wollte, welche jetzt dennoch von den Beklagten versucht wird.“ Schwerlich ist die öftere Bezeichnung des Instituts als Universalerben durch eine solche Absicht des Testirers zu erklären. Denn wie konnte es ihm wohl einfallen, daß man die Einsetzungsworte einmal so interpretiren würde, wie die wohlmeinenden juristischen Vertheidiger des Instituts es zum Theil versucht haben? Hätte er dies für möglich gehalten, so blieb ihm nichts übrig, als zu erklären: er habe unter der Einsetzung des Städel'schen Kunstinstituts nicht die der Stadt Frankfurt verstanden. Was würde man aber dann von dem Testament gesagt haben?

54) L. 25. §. 1. D. *de leg.* III. — „Utinam hoc nostri judices observarent (bemerkt dazu *Jos.* AVERANIUS interpr. jur. Lib. III. C. XIX. Nr. 1.), quantum multitudo litium minueretur!“

55) Die Bestimmung: das perperam scriptum müsse man benigne interpretari (L. 24. D. *de reb. dub.*) hat man hier auf eine Weise angewandt, welche alle Grundsätze des positiven Rechts und alle Interpretationsregeln geradezu zerstören würde: was offenbar gesagt ist, soll nicht gesagt seyn, was nicht gesagt ist, soll gesagt seyn, weil sonst die vom Testirer gewollte Absicht nicht realisirt werden könnte! (S. unten Note 58.) Ja man ist sogar soweit gegangen, das gut Ausgedrückte in ein perperam scriptum zu verwandeln um nur das darin zu finden, was man finden wollte. Weil nämlich Städel,

Kunstinstitut einzusetzen, anders an den Tag legen, als daß er sagte: er setze sein Kunstinstitut zum Erben ein? Und hätte er in der That dies nicht gewollt, — hätte er eigentlich sagen wollen: er setze die Stadt Frankfurt zur Erbin ein, so würde man mit Ulpian sagen müssen: „**Quoties volens alium heredem scribere, alium scripserit, — placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est**"[56]. Hier kommt aber zu den durchaus zweifellosen Einsetzungsworten noch hinzu, daß man auch geradezu gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Erblassers interpretirt, wenn man die Stadt Frankfurt für eingesetzt hält. Denn sichtbar ist das Bestreben des Testirers darauf gerichtet, seinem Institute eine Selbstständigkeit zu verschaffen, wie sie mit einer eigentlich städtischen Anstalt, auch wenn sie auf Privatstiftung beruht, unverträglich ist: er

nachdem er vorher von einem zum Besten der Stadt und Bürgerschaft gestifteten Kunstinstitut gesprochen, so fortfährt: „Dieses Städelsche Kunstinstitut setze ich zu meinem Universalerben ein," so soll dies heißen: nämlich das zum Besten der Stadt u. s. w. gestiftete; hätte er beabsichtigt das Kunstinstitut als solches, nicht aber die Stadt einzusetzen, so würde er haben sagen müssen: das Städel'sche Kunstinstitut setze ich ein! (S. Zachariä S. 9 fg.) Aber dann würde die Rede logisch und grammatisch in einem durchaus schlechten Zusammenhange stehen, vollends aber ganz unverständlich hätte der Testirer sich ausgedrückt, wenn er mit den Worten: dieses Institut u. s. w. das hätte sagen wollen, was man ihm unterlegt. S. meine Beurtheilung S. 108—111.

56) L. 9. pr. D. *de hered. inst.* vrgl. mit L. 3. D. *de reb. dub.* Vrgl. meine Beurtheil. S. 126 fg.

entzieht dem Magistrat alle und jede Administration und beschränkt dessen ganze Einwirkung auf eine bloße Rechnungscontrole, welche natürlich bei der den Administratoren eingeräumten, völlig unbeschränkten, Verwaltung nur eine durchaus äußerliche seyn kann; er bestimmt sogar, daß sein Institut nicht nur nie und unter keinerlei Vorwand mit andern Instituten verbunden, sondern auch Beiträge Anderer, welche dem erklärten Willen des Erblassers zuwider seyen, selbst alsdann nicht angenommen werden dürften, wenngleich der augenscheinliche Vortheil des Instituts dabei zu Grunde liegen sollte. Deutlicher konnte er seine Absicht wohl nicht erklären, daß sein Institut ein Städel'sches, kein Städtisches seyn solle. Zwar durfte er die Stadt unter dem Modus, das Kunstinstitut in der angeordneten Art bestehen zu lassen, giltig einsetzen und die Erbin war alsdann an und für sich auch zur Erfüllung dieses Modus verpflichtet. Allein die Handlungen einer Regierung, sowohl überhaupt, als insbesondere in Beziehung auf Verwaltung und Benutzung des dem Staate zugehörigen Vermögens, werden zunächst allemal durch die Rücksicht auf das Gemeinwohl bestimmt. Es wird dies sogar ausdrücklich für den Fall anerkannt, wenn städtischen Gemeinden durch letzten Willen etwas unter einer Zweckbestimmung zugewandt ist; eine Abänderung dieser Bestimmung aus Rücksichten der Zweckgemäßheit oder Nothwendigkeit ist mithin stets möglich, wenn sie nur auf verfassungsmäßigem Wege erfolgt [57]). Nun aber hat Städel alle und jede seiner Disposition zuwiderlau-

57) L. 4. D. *de administr. rer. ad civit. pertin.* (L. 8.) Vrgl. mit Clem. 2. *de religios. domib.* (III. 11.) — Meine Beurtheilung S. 128—133. (Nr. 1.) — Vrgl. ebendas. S. 134—139. (Nr. 4.)

fenden Aenderungen, auch die vortheilhaften, so bestimmt ausgeschlossen, daß man offenbar zu einem, seinem Willen geradezu entgegensetzten Resultate kommt, wenn man die Einsetzung auf die Stadt bezieht. Auch erhält diese Interpretation nicht die geringste Unterstützung durch die Erklärung des Testirers, daß er sein Kunstinstitut zum Besten der Stadt und Bürgerschaft stifte, oder: daß es der Stadt zur wahren Zierde gereichen und zugleich deren Bürgerschaft nützlich seyn solle. Es ist dies weiter nichts, als der Ausdruck dessen, was sich ganz von selbst versteht; denn der Testirer wollte eine gemeinnützige Anstalt, er wollte sie an dem Orte, wo er lebte, und für denselben stiften. Hält man es nun nicht etwa überhaupt für unmöglich, daß ein Gemeindemitglied irgend eine gemeinnützige Einrichtung treffe, ohne dieselbe der Gemeinde völlig zu übergeben, so darf man daraus, daß der Stifter seine auf das Gemeinwohl gerichtete Absicht erklärt, nicht folgern, es sey ein Anderer eingesetzt, als den der Testirer genannt hat. Von welcher Seite man daher auch die Interpretation der Gegner betrachten möge, immer liegt ihr, mehr oder weniger deutlich gedacht, nur folgende Argumentation zu Grunde: "Städel wollte sein Kunstinstitut zum Erben einsetzen; da er aber dies nicht auf die rechte Art angefangen hat, und sonst seine Absicht nicht realisirt werden kann, so muß man annehmen, er habe die Stadt unter einem sich auf das Kunstinstitut beziehenden Modus eingesetzt!" Allein dies heißt nicht interpretiren, sondern willkührlich in das Recht eingreifen. Und wäre auch dem Richter gestattet, auf diese Art einer schlecht ausgeführten Absicht zu Hilfe zu kommen, so ist ein solches Ergänzen und Substituiren doch immer im höchsten Grade bedenklich; zweifelhaft bleibt es für die

meisten Fälle, ob man dabei auch im Sinne des Disponenten verfahre, häufig auch, ob man demselben nicht geradezu entgegenhandle, ja hier ist dies sogar als gewiß anzunehmen [58]).

Im Zusammenhange mit dem Bisherigen steht

2) der Grund, daß den gemeinnützigen Instituten überall keine selbstständige Persönlichkeit zukomme, und darum eine Einsetzung derselben nichts anderes bedeuten könne, als: Einsetzung der universitas, zu welcher sie gehören. Dieser Grund ist oben (unter Nr. 4) schon hinreichend gewürdigt. Hier soll nur darauf aufmerksam gemacht werden, daß, selbst unter Voraussetzung der Richtigkeit jenes Zusammenhangs, doch jedenfalls der Wille des Testators berücksichtigt werden muß. Hat dieser sich so deutlich, wie hier geschehen ist, darüber erklärt, daß er nicht die Stadt zur Erbin haben wolle, so gelangen wir auch auf diesem Wege immer wieder zu dem Resultat, daß sein Testament nicht bestehen könne: die Stadt würden wir alsdann sagen müssen, konnte er nur einsetzen, nicht das Institut. Dies hat er aber gewollt, nicht Jenes, und darum gilt keines von beiden; die Stadt ist nicht Erbin, weil der Testirer sie nicht einsetzen wollte, das Institut nicht, weil er es (als selbstständiges Subject) nicht einsetzen konnte [59]).

58) Meine Beurtheil. S. 86. S. 122—125. und die in der vor. Note angef. Citate.

59) arg. L. 9. pr. D. *h. t.* L. 1. D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7.) — Dies wird auch von dem Vertheidiger des Blum'schen Testaments anerkannt, welcher im Uebrigen die Grundsätze, woraus die Giltigkeit der Städel'schen Erbeinsetzung gefolgert wurde, sich zu eigen macht. Er bemerkt, daß der obige Grund, auch wenn man ihn im Allgemeinen

3) Auch in Beziehung auf den Grund, daß piae causae in der Ausdehnung, worin man h. z. T. den Begriff häufig zu nehmen pflegt, ohne bereits als juristische Personen zu bestehen, zu Erben eingesetzt, m. a. W. daß sie durch Erbeinsetzung gestiftet werden können, wird eine Verweisung auf die frühere Ausführung genügen. (S. insonderheit oben S. 40 fg.) Es wurde dort gezeigt, wie nothwendig es sey, bei der Auslegung und Anwendung desjenigen Theils unseres positiven Rechts, worin Ausnahmen von der gemeinen Rechtsregel aufgestellt werden, an den wirklichen Inhalt des Gesetzes festzuhalten, ferner, daß jede Erweiterung durch bloße Interpretation hier nothwendig zu Absurditäten und zur völligen Umkehrung der Regel führen müsse, indem es dafür schlechterdings keine feste Gränze giebt, und daß zweckmäßige Ausdehnungen dem Gesetzgeber zu überlassen seyen, wenn sie gleich durch die Doctrin vorbereitet, auch allmählige Erweiterungen durch Gewohnheitsrechte dadurch veranlaßt werden können[60]). Hiernach konnte denn die

als richtig zugeben müsse, auf die Städel'sche Stiftung keine Anwendung leide. „Städel (heißt es hier) hatte ausdrücklich nicht nur ein eignes für sich bestehendes, sondern auch ein vor jedem unmittelbaren Einfluß einer andern juristischen Person sorgfältig gesichertes Institut zu seinem Erben ernannt. Er hatte dasselbe mit eigenen, durchaus selbstständigen und unabhängigen Vorstehern, und überhaupt mit einer völlig abgesonderten und unumschränkten Verwaltung versehen. Außerdem ist auch die Städel'sche Anstalt schon ihrer Natur nach eine solche, welche weder mit einem kirchlichen, noch mit dem Staatszwecke im eigentlichen Sinne zusammenfällt;" (a. a. O. S. 32.)

60) S. oben S. 46 fg. u. S. 48 fg.

Erbeinsetzung des Städel'schen Kunstinstituts auch aus diesem Grunde nicht zu Recht bestehen. Es ist keine pia causa im Sinne des röm. und can. Rechts, so edel auch die Absicht des Stifters, und so wünschenswerth deren Realisirung war. Die mit der Stiftung verbundene Unterstützung derjenigen, welche sich den Künsten und der Bauprofession widmen wollen, erscheint doch gar zu sehr als bloßer Nebenzweck, um darnach den wesentlichen Charakter des Instituts bestimmen zu dürfen, ganz davon abgesehen, daß auch dieser Zweck, selbst wenn man ihn als hauptsächlichen betrachten wollte, dennoch wesentlich verschieden ist von der durch das gemeine Recht gestatteten Erbeinsetzung der Armen, Kranken, oder Gefangenen. — Die Kunst, und Alles was ihr dient, soll in Ehren gehalten und nach Kräften gefördert werden. Der Jurist aber darf sich dadurch nicht verleiten lassen, die ihm vom Gesetz vorgezeichneten leitenden Grundsätze hintanzusetzen; er darf seinen ernsten Beruf nicht durch künstliche Gesetzesumgehungen entweihen, lediglich um einen Zweck durchzusetzen, der, wie edel er auch an sich ist, doch nur auf Kosten des bestehenden Rechts durchgesetzt werden kann.

Man hat ferner

4) geltend zu machen gesucht, daß bei der Erbeinsetzung einer noch nicht existirenden juristischen Person die Bedingung ihrer künftigen Existenz sich von selbst verstehe, und darum denn auch für ausgedrückt zu halten sey. Daß auch dies Argument auf unhaltbaren Voraussetzungen beruht und mit den deutlichsten Vorschriften unseres positiven Rechts durchaus nicht zu vereinigen ist, wurde ebenfalls oben bereits ausgeführt. Hier möge nur noch Folgendes bemerkt werden. — Es wird von einem der eifrigsten Vertheidiger dieses Arguments selbst zuge-

geben (was denn freilich sich auch nicht läugnen ließ), daß eine sich von selbst verstehende Bedingung doch da nicht als ausgedrückt angenommen werden dürfe, wo sie mit dem Zusammenhange der Rede im offenbaren Widerspruche stehen würde, und daß in einem solchen Falle die Unhaltbarkeit der Willensordnung klar zu Tage liege[61]). Dieser Fall tritt nun hier ein. Es ergiebt sich aus der Städel'schen Verfügung mit voller Bestimmtheit, daß der Erblasser eine nur bedingte Erbeinsetzung seines Instituts gewiß nicht beabsichtigte, und eben so, daß er eine obrigkeitliche Bestätigung nicht für nöthig hielt, damit das Institut erbfähig werde. Er bestimmte, „meine Sammlung von Gemälden u. s. w. soll die Grundlage eines — hiermit von mir gestiftet werdenden Städel'schen Kunstinstituts seyn." In dem folgenden §. (2) bezieht er sich auf dies von ihm gestiftete Institut, und bezeichnet in dem §. das Testament als die Stiftungsurkunde. Wie ist es möglich, in diesen Aeußerungen den Sinn zu finden: ich setze das Institut unter der Voraussetzung zum Erben ein, daß es durch obrigkeitliche Bestätigung Erbfähigkeit erhalten haben werde, — und wer möchte bei unbefangener Erwägung hiernach wohl glauben, daß der Erblasser dies sagen wollte, oder auch nur als etwas sich von selbst Verstehendes angenommen habe!

Endlich hat man sich für die Giltigkeit der Städel'schen Disposition auch auf die rechtliche Begünstigung der Testamente und der **piae causae** berufen, und die für die Postumen geltenden Rechtsvorschriften analogisch zur Anwendung bringen wollen. Alles dies ist aber in den

61) Wenck a. a. O. S. 45.

vorausgeschickten Erörterungen bereits so vollständig widerlegt worden, daß es hier mit Stillschweigen übergangen werden kann. Somit steht es denn fest, daß die Städel'sche Stiftung direct nicht bestehen, sondern nur mittelbar durch die Codicillarclausel aufrecht erhalten werden konnte [62]).

Wie ganz anders aber erscheint die Disposition des

62) In meiner Beurtheil. S. 277 fg. (Nr. 5.) suchte ich auszuführen, daß in Folge der Codicillarclausel die Intestaterben als eingesetzt anzusehen seyen, unter dem modus, für die gehörige Errichtung des Instituts Sorge zu tragen; dieser Ansicht gemäß ist denn das Institut auch, zwar nicht durch rechtliche Entscheidung, sondern durch Vergleich, ins Leben getreten. Dagegen wollen der Codicillarclausel gar keine Wirkung zugestehen: Seuffert a. a. O. S. 3 fg. u. Zimmern in den Schunck'schen Jahrbüchern Bd. VII. S. 273 fg. (Nr. IV.), weil es hier an einem Subject fehle welches die Auflage rechtlich giltiger Weise verfolgen könne. Allein es genügt, daß der Testirer in seiner Disposition dafür gesorgt habe; es ist nicht gerade nöthig, daß die von ihm dazu autorisirten Personen selbst die Erben seyen, oder, auch nur ein unmittelbares Interesse bei Realisirung der Anordnung haben. Wenn nun die Codicillarclausel die Wirkung hat, daß ein Anderer als der eingesetzte Erbe für eingesetzt zu halten ist und alsdann das Testament seinem ganzen Inhalte nach anerkennen und erfüllen muß, so ist nicht abzusehen, warum er alsdann nicht auch die den Testamentsexecutoren in dem Testamente gegebenen Rechte anerkennen müsse. Andere Abweichungen der Zimmer'schen Ansicht (nämlich in Ansehung des Abzugs der Falcidischen Quart und der Person dessen, welcher hier eigentlich für stillschweigend eingesetzt zu halten sey) berühren die hier zu erörternde Frage gar nicht und können erst unten bei der Lehre von der Falcidischen Quart, berücksichtigt werden. Vorläufig s. Bd. 30. d. Comment. S. 450 fg. Note 7.

Landrentmeisters Blum in Hildesheim. Sie lautet (so weit sie hieher gehört) also: „Zu meinem Erben setze ich hiermit ein zu errichtendes, lediglich für Kinder des katholischen Glaubens bestimmtes Waisenhaus ein; diese sollen im Fürstenthum Hildesheim und in dem Theile des Eichsfeldes geboren seyn, welcher jetzt zu Hannover gehört. — Dieses Waisenhaus soll in Henneckenrode, oder wenn es dort nicht passend gefunden werden würde, in einem anderen Orte errichtet werden, wo sich schon eine katholische Pfarre befindet, keineswegs aber in der Stadt Hildesheim. — Ich stelle dies Institut unter die Leitung des Herrn Bischofs zu Hildesheim, und werde, wenn ich kann, gegenwärtigen noch nähere Bestimmungen nachfügen." —

Schwerlich wird die Rechtsbeständigkeit dieser Verfügung mit Erfolg bezweifelt werden dürfen. Hätte es in der Absicht des Testirers gelegen, ein Waisenhaus mit völlig unabhängiger Persönlichkeit und zwar unmittelbar durch sein Testament zu stiften, so würde die Giltigkeit der Disposition nach strengem Recht wohl allenfalls noch zur Frage stehen können, obgleich sie doch auch alsdann noch eine Stütze in der sehr verbreiteten (wenngleich falschen) Doctrinalmeinung fände, daß reine Wohlthätigkeitsanstalten mit dem Rechte juristischer Personen geradezu durch Testament begründet werden können. Indessen ist es nicht nöthig, die Rechtsbeständigkeit des Blum'schen Testaments auf eine so unsichere Grundlage zu bauen. Dieselbe beruht vielmehr auf deutlichen Gesetzen und der ganz unzweideutig erklärten Absicht des Testirers. Und fände ja in der einen oder in der anderen Beziehung noch ein Zweifel Statt, so würde derselbe allerdings durch die bekannten Regeln über die in dubio anzunehmende

Giltigkeit eines Rechtsgeschäfts und insbesondere einer zu Gunsten von piae causae gereichenden Verfügung gehoben werden. Es zeigt sich in dieser Hinsicht eine auffallende Verschiedenheit zwischen dem Blum'schen und dem Städel'schen Testament. Hier war ein Institut zum Erben eingesetzt, dessen Zwecke sich wesentlich unterscheiden von denen, welchen allein das röm. Recht Erbfähigkeit zugesteht, und überdies wollte der Testirer es unmittelbar durch sein Testament und in völliger Unabhängigkeit von Kirche und Staat begründen. Hier brachte man die liberalen Interpretationsgrundsätze offenbar wider die entschiedensten Vorschriften des jus publicum zur Anwendung und legte ihnen sogar eine Bedeutung unter, welche sie nicht haben können, ohne sich selbst zu zerstören, indem man sie nicht nur da anwandte, wo überall kein zweifelhafter Ausdruck vorhanden war, sondern auch auf eine Art, wodurch ein Resultat zum Vorschein kam, welches der der deutlich erklärten Absicht des Erblassers zuwider lief. Die Blum'sche Disposition dagegen besteht zu Recht

1) als Einsetzung der Armen, indem diese nicht blos schlechthin möglich ist, sondern der Testirer über die besondere Art der Verwendung giltig Verfügungen treffen, mithin auch die Errichtung eines Waisenhauses anordnen kann. (S. oben S. 47 fg.)

Es würde aber — wenn etwa die Auslegung der hieher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen für zweifelhaft zu halten wäre —

2) die Blum'sche Erbeinsetzung auch als Einsetzung der katholischen Gemeinde im Fürstenthume Hildesheim angesehen und aufrecht erhalten werden können. — Die Stiftung wird — nach der ausdrücklichen Erklärung des

Testirers — zum Besten dieser Gemeinde —, also einer im Fürstenthume bereits bestehenden moralischen Person und für wesentlich mit derselben zusammenhängende Zwecke gemacht, und der Stifter stellt dieselbe ausdrücklich unter die Leitung des Bischofs von Hildesheim, mithin desjenigen Kirchenoberen, der nach gemeinem Rechte ohnehin in solchen Fällen die Rechte eines Erben ausübte (L. 49. §. 4. D. *de episc. et cler.*). Es bedarf wohl keiner Bemerkung darüber, wie durchaus verschieden auch in diesem Puncte beide Dispositionen von einander sind.

Endlich

3) würde die Blum'sche Disposition auch aus dem Gesichtspunct einer Erbeinsetzung unter der Bedingung künftiger Erbfähigkeit sich erforderlichen Falls rechtfertigen lassen, und unter dieser Voraussetzung selbst alsdann gelten, wenn der Testirer ein Institut mit selbstständiger juristischer Persönlichkeit zu stiften beabsichtigt hätte. Denn, wenn Blum „ein zu errichtendes Waisenhaus" zum Erben einsetzt, so hat er nicht, wie Städel, zu erkennen gegeben, daß er obrigkeitliche Bestätigung für überflüßig erachte, sondern die Einsetzungsworte lassen ganz ungezwungen die Erklärung zu: ich setze das Waisenhaus für den von mir vorausgesetzten Fall ein, daß es auf gehörige Art errichtet seyn werde. Auch in dieser Beziehung findet sich bereits eine nähere Ausführung bei der obigen Erörterung der allgemeinen Grundsätze, worauf hier verwiesen werden darf.

§. 1439.

Einsetzung mehrerer Erben (Miterben).

Ein alleiniger Erbe heißt heres ex asse[63]); denn as — eigentlich und ursprünglich eine kupferne Münze, oder ein Pfund Kupfer[64]) — bedeutet soviel als ein ungetheiltes Ganze[65]), daher denn auch eine ganze Erbschaft. Mehrere zu einer Erbschaft Berufene heißen coheredes, und in Beziehung auf den, mit welchem sie berufen sind, adjecti[66]). Sind keine Theile bestimmt, so haben alle Miterben gleiche Antheile, und sie werden alsdann auch wohl als conjuncti bezeichnet, da Jeder eigentlich auf das Ganze berufen ist und nur durch das Zusammentreffen mit Anderen Theile entstehen.

L. 80. D. *de leg.* III. „Conjunctim heredes institui aut conjunctim legari, hoc est, *totam hereditatem* et tota legata *singulis data esse*, partes autem concursu fieri"[67]).

63) L. 72. D. *h. t.* L. 19. D. *de lib. et post.* (XXVIII. 2.)

64) S. Greg. Majansius disp. jur. Nr. XXXVII. (de divisione hereditatis) §. 2.

65) Oder eine Einheit; s. Balbus de asse §. 1. in dem Bonner corp. jur. Rom. antejust. Fasc. I p. 190.

66) L. 78. §. 3. D. *h. t.* L. 32. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.)

67) M. S. Mayer das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrechte und bei Legaten und Fideicommissen. (Tüb. 1835.) S. 55. — Freilich bedarf es bei den ohne Theile eingesetzten Miterben nicht, wie bei Collegatarien, dieses Grundes, um das Anwachsungsrecht derselben zu erklären, indem dies schon eine nothwendige

Vorzugsweise aber heißen **conjuncti coheredes** die mit einander zu dem nämlichen Erbtheile Berufenen. Auf die Form, oder die Art und Weise der Berufung kommt nichts an, wenn nur die Absicht des Testirers erweislich ist, Mehrere zu einem Theile in der Art berufen zu wollen, daß Jeder zu dem Ganzen berufen erscheint, und blos durch eine Concurrenz der **conjuncti** Theile entstehen[68]). Hierauf bezieht sich der Unterschied zwischen **re et verbis conjuncti, re tantum conjuncti** und **verbis tantum conjuncti**[69]). Unter den ersteren versteht man diejenigen wahren **conjuncti**, welche auch zusammen genannt, oder in einer Einsetzungsformel berufen sind; z. B. ich setze den A. und den B. auf die Hälfte, den C. auf die andere Hälfte ein[70]). Hier sind

Folge des Grundsatzes ist: **nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.** S. K. A. Schneider das altcivile und Justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der Lex Jul. et Pap. (Berl. 1837.) S. 50.

68) Dies wollen diejenigen eigentlich sagen, welche den Satz, daß **conjuncti** zusammengenommen einen Theil erhalten, dahin beschränken: falls nicht eine entgegenstehende Absicht des Erblassers erhelle, wie namentlich Hellfeld an dieser Stelle sich so äußert; d. h. also nur: die Absicht entscheidet hier zunächst, nicht der bloße Ausdruck, obgleich aus diesem meistens die Absicht erkannt werden muß.

69) L. 142. D. *de Verb. signif.* (PAULUS Lib. VI. *ad Leg. Jul. et Pap.*) „Triplici modo conjunctio intelligitur: aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis aut verbis tantum." — —

70) L. 142. D. *de V. sign.* — „Nec dubium est, quia conjuncti sint, quos et nominum et rei complexus jungit, veluti: *Titius et Maevius ex parte di-*

A. und C. re et verbis conjuncti, der C. ist disjunctus. Es ist aber nicht einmal nöthig, daß derselbe Theil Mehreren ausdrücklich zugewiesen werde, damit sie als re et verbis conjuncti erscheinen, wenn nur ein Anderer in einem bestimmten Gegensatze zu ihnen genannt ist; z. B. A. und B. sollen meine Erben seyn; C. soll mein Erbe seyn. Freilich konnte hier noch ein Zweifel über die Absicht des Testirers eintreten, wie denn auch unter den röm. Juristen darüber gestritten wurde. Indessen erhielt die Meinung, daß hierin eine wahre Conjunction liege, die Billigung auch der Compilatoren: **L. 59. §. 2. D.** *h. t.* „*Titius heres esto, Sejus et Mevius heredes sunto:* **verum est,** *quod Proculo placet*, **duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur**"[71]). — **Re tantum conjuncti** sind die an verschiedenen Stellen, aber doch zu dem nämlichen Theile Eingesetzten; z. B. A. soll auf die Hälfte eingesetzt seyn, B. auf die andere Hälfte, C. soll mit dem A. erben[72]). **Verbis tantum conjuncti** sind diejenigen,

midia heredes sunto. — — Videamus autem, ne, etiamsi hos articulos detrahas: *et*, *que*, *cum*, interdum tamen conjunctos accipi oporteat, veluti: *Lucius Titius*, *Publius Maevius ex parte dimidia heredes sunto.*" — —

71) S. Jan. a Costa in comment. ad §. 4. J. *de vulg. subst.*

72) L. 15. pr. D. *h. t.* „Julianus lib. XXX. refert, si quis ita heredem scripserit: *Titius ex parte dimidia heres esto. Sejus ex parte dimidia; ex qua parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronius heres esto;* dubitari posse, utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem, an vero in

welche zwar in einem Satz genannt sind, jedoch so, daß Jedem Theile zugeschrieben werden, z. B. ich setze den A. und den B. jeden auf so und so viel zu Erben ein, und außerdem den C. Aber auch wenn der Ausdruck nicht so bestimmt ist, allein doch ungezwungen die Auslegung leidet, daß die zusammen Genannten nicht eigentliche conjuncti seyn sollen, wird eine bloße Verbalconjunction angenommen. So sagt Ulpian in seinem Commentar über das siebente Buch des Sabinus: „Interdum haec adjectio: *aeque heredes sunto*, testatoris vo-

unum semissem Sejum et Sempronium conjungere. Quod est verius, et ideo conjunctim hos videri institutos; sic fiet, ut Titius semissem, hi duo quadrantem ferant.“ — Auf ähnliche Weise heißt es in L. 142. D. *de V. S.* — — „*Lucius Titius ex parte dimidia heres esto; Sejus ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto; Sempronius ex parte dimidia heres esto.* Julianus: dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum Sejo institutus sit; sed eo, quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse, in eundem semissem duos coactos, et conjunctim heredes scriptos esse.“ — Allerdings konnte in diesen Fällen gefragt werden: ob nicht die Anordnung auf einem bloßen Versehen beruhe und eben so zu behandeln sey, als wenn der Testirer bei der Vertheilung die in dem Ganzen (as) enthaltenen Theile (unciae) überschritten habe? (s. darüber unten.) Da er indessen bestimmt von Hälften spricht, so ist ein solches Verfahren nicht füglich denkbar, mithin die Richtigkeit der Entscheidung Julians nicht zu bezweifeln. Lautet die Verfügung so, wie im Texte angenommen ist, so darf an dem Vorhandenseyn einer reellen Conjunction überall nicht gezweifelt werden.

luntatem exprimit, utputa: *primus et fratris mei filii aeque heredes sunto;* nam haec adjectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos, ut et Labeo scribit, qua detracta semissem fratris filii, semissem primus haberet[73]. Zweifelhafter erscheint die Sache schon in folgendem Falle: „Si ita quis heredes instituerit: *Titius heres esto, Cajus et Mevius aequis ex partibus heredes sunto.* Quamvis *et* syllaba conjunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam conjunxisse, quam celeriter dixisse vedeatur"[74]. — Man sieht, wie grasses Gewicht auf die Erwähnung von Theilen gelegt wurde. Nur darum durfte in diesem Falle angenommen werden, daß die Conjunction keine reelle sey, oder (wie der Jurist sich ausdrückt), es wird angenommen, der Testirer habe blos darum Mehrere zusammen genannt, um so kurz wie

73) L. 13. pr. D. *h. t.* — S. über diese Stelle SCHULTING u. SMALLENB. not. ad Dig. T. V. p. 50. — Aus den Worten: qua detracta u. s. w. ergiebt sich, daß die Entscheidung zunächst durch die Formel: *aeque heredes sunto* motivirt wird, daß also, wenn der Testirer schlechthin gesagt hätte: ich setze den Primus und meines Bruders Kinder zu Erben ein, die Letzteren als conjuncti betrachtet seyn, mithin zusammen nur die Hälfte der Erbschaft erhalten haben würden. Indessen, stellt man die Sache auf den wahrscheinlichen Willen des Testirers, so dürfte sich die Richtigkeit der Entscheidung wohl bezweifeln lassen, und für Vermächtnisse ist auch das Gegentheil anerkannt. S. L. 17. §. 1. *de leg.* I. u. L. 88. §. 6. *de leg.* II.

74) L. 66. D. *h. t.*

möglich anzudeuten, daß alle gleiche Theile haben sollten[75]). — Die reelle Conjunction (d. i. diejenige, welche entweder re et verbis, oder re tantum erfolgt) äußert nun ihre Wirkung nicht blos dadurch, daß die conjuncti zusammen einen Theil erhalten[76]), sondern hauptsächlich durch das vorzüglichere jus accrescendi eines Verbundenen (s. unten §. 1498 fg.), für den Fall, wenn der Theil des conjunctus wegfällt[77]). Daß übrigens Mehrere zusammen genommen eben so viel, wie ein Anderer allein, erhalten, macht sie noch nicht zu wahren conjuncti, selbst in dem Falle nicht, wenn sie in dem nämlichen Satze zur Erbschaft berufen, mithin verbis conjuncti sind; wie z. B. wenn der Testirer sagte: A. und B. sollen meine Erben seyn, ein Jeder auf $\frac{1}{4}$, in die andere Hälfte setze ich den C. zum Erben ein. Gewöhnlich beschränkt man den Begriff der verbis conjuncti sogar hierauf, d. h. man nimmt an, daß die verbis conjuncti stets zusammengenommen einen Theil erhalten,

75) Auf ähnliche Art wird auch in der L. 89. *de leg.* III. gesagt: — „conjuncti videntur — — — verbis, non etiam re: *Titio et Sejo fundum aequis partibus do lego*, quoniam semper partes habent legatari."

76) L. 15. pr. L. 59. §. 2. D. *de hered. inst.* L. 142. D. *de V. S.*

77) L. 63. D. *h. t.* „Heredes sine partibus, utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex conjunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet; sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes." — Vgl. L. 20. §. 2. L. 59. §. 2. L. 66. *eod.*

Jedem aber bestimmte Quoten an demselben zugewiesen seyen[78]). Diese Voraussetzung ist durchaus unnöthig und auch mit den bestimmtesten Erklärungen des röm. Rechts, daß die bloße Verbalconjunction die Verbundenen der Wirkung nach in kein näheres Verhältniß zu einander stelle, im Widerspruch stehend[79]). Darum darf man denn auch die oben (zur Note 74) angeführte **L. 66. D.** *h. t.* nicht so verstehen, als ob der **disjunctus** (Titius) die eine Hälfte allein erhalten solle, die beiden **verbis conjuncti** (Cajus und Mevius) aber die andere Hälfte unter sich theilen müßten[80]); es widerspricht diese Auslegung

78) So werden z. B. in der Schrift von H. Baumeister, das Anwachsungsrecht unter Miterben nach R. R. (Tüb. 1829.) S. 172. die **verbis conjuncti** als solche bezeichnet, welche in demselben Satze zur Concurrenz an einem bestimmten Objecte, nach einem auf den Fall ihrer wirklich eintretenden Concurrenz ausdrücklich festgesetzten Theilverhältniß berufen sind. — Mit Recht tadelt hier Schneider (Anwachsungsrecht S. 365 fg.) den Ausdruck Concurrenz, indem dieser, genau genommen, nur auf den Fall einer wirklichen Conjunction paßt. Ich möchte aber darum nicht sagen, daß die in der Baumeister'schen Definition bezeichneten **conjuncti, re et verbis conjuncti** seyen; denn dafür können sie nach sehr bestimmten Aeußerungen der röm. Juristen nie gehalten werden, wenn den **conjunctis** ausdrücklich Theile zugewiesen sind.

79) **L. 13. D.** *h. t.* — Nur auf Collegatare würde der obige beschränktere Begriff der **verbis conjuncti** passen, indem eine Conjunction mehrerer Vermächtnißnehmer überhaupt nicht anders gedacht werden kann, als so, daß ihnen dieselbe Sache oder Summe zugewiesen wird. Siehe z. B. **L. 89.** *de leg.* **III.**

80) So wird die Stelle freilich meistens verstanden, auch noch von Mayer a. a. O. S. 60.

vielmehr der Entscheidung der L. 13. *eod.*, wonach die ganze Erbschaft unter die verbis tantum conjuncti und die disjuncti nach Virilportionen zu theilen ist.

Bei Bestimmung der Erbtheile pflegte man die Eintheilung eines Ganzen (as) in Zwölftheile zu berücksichtigen; hierauf fußen denn auch die wissenschaftlichen Erörterungen der röm. Juristen, und im Zweifel wird angenommen, daß die Testirer bei ihren Anordnungen diese Eintheilung vor Augen gehabt und die Namen der Theile in ihrem rechten Sinne gebraucht haben[81]). Die einzel-

81) L. 13. §. 1. L. 50. §. 2. D. *h. t.* „Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur" u. s. w. S. auch §. 5. J. *h. t.* — Ueber den as und dessen Eintheilung ist eine kleine Schrift des Volusius Mäcianus auf uns gekommen: *L. Volusii* Maeciani assis distributio, item vocabula ac notae partium in rebus pecuniariis pondere numero mensura. Die neueste Ausg. (von *Ed.* Boecking) findet sich in dem Bonner corp. jur. Rom. antejust. Fasc. I. p. 183 — 190. — Ob der Verf. dieser Schrift der unter den Antoninen lebende Volusius Mäcianus sey (aus dessen Schriften Einiges in die Digesten aufgenommen ist), hat man bezweifelt (s. Bach hist. jurisprud. Rom. Lib. III. cap. 2. Sect. V. §. 16. not. y. und die daselbst angeführten Schriftsteller. S. indessen dagegen Boecking in der Vorr. seiner Ausg. Cujacius erklärt sie für einen liber singularis et pulcherrimus, womit die Anfänger sich billig noch vor den Institutionen genau bekannt machen sollten (in comment. ad L. 21. §. 2. D. *de ann. leg.*) Aehnlichen Inhalts ist die Schrift des mensor Balbus (unter Augustus) de asse minutisque ejus portiunculis (ed. Boecking in corp. jur. Rom. antejust. F. I. p. 190 — 192.

nen Theile des as[82]) aber sind folgende: 1/12 = uncia, 2/12 = sextans (der sechste Theil, 3/12 = quadrans (der vierte Theil), 4/12 = triens (der dritte Theil), 5/12 = quincunx, 6/12 = semis (die Hälfte des As), 7/12 = septunx, 8/12 = bes[83]), 9/12 = dodrans, (der as ist um ein quadrans vermindert), 10/12 = dextans (s. Note 83), auch decunx (d. i. zehn Unzien), 11/12 = deunx. — Außerdem sind noch folgende Ausdrücke zu merken: Semuncia d. i. die Hälfte eines Zwölftheils, Sicilicum — der vierte Theil einer Un-

82) Sie werden genannt in §. 5. J. *h. t.* und zugleich erklärt bei VARRO de lingua lat. Lib. IV. c. 36. BALBUS de asse §. 12—14. *Volus.* MAECIANUS assis distr. §. 15—25. — S. auch HEINECCIUS in antiq. Rom. synt. Lib. II. Tit. 14. §. 6.

83) Ueber den Ursprung und die richtige Schreibart dieses Wortes waren schon die Alten uneinig. Varro berichtet, daß es sonst des geheißen, von demto triente, indem der As um ein Dritttheil kleiner werde. BALBUS l. l. §. 2. will diesen Theil bessis genannt wissen, weil er zwei Drittheile vom as enthalte; („sic enim potius dicendum est, quam aut *bes* aut *des*, quoniam binas ex tribus assis partes sibi vindicat"). FESTUS (de V. S. bei GOTHOFR. auctt. lat. ling. p. 259.) sagt: „Bes appellatum est, quod *bis triens* sit." Im allgemeinen bemerkt VARRO, diese Benennung, so wie die der folgenden Theile (dodrans, dextans, deunx) habe darin ihren Grund, daß der As dabei um etwas verkleinert gedacht werde: „Reliqua obscuriora, quod a deminutione, et ea, quae deminuuntur, ita sunt, ut extremas syllabas habeant; ut a duodecim una demta uncia *deunx*, *dextans*, demto sextante, *dodrans*, demto quadrante, *bes*, ut olim des, demto triente." Vrgl. auch BALBUS §. 14.

zie[84]), **Sescuncia** d. i. anderthalb Unzien, oder der achte Theil des As[85]). Bisweilen wird eine Verdoppelung der Theile des as nöthig, d. i. man theilt ihn in Vierundzwanzigtheile; dann heißt er **dupondius**, **dipondius**, auch wohl **dupondium**[86]). Die Benennung **Tripondius** (oder **Tripondium**) für die Eintheilung des As in Sechsunddreißigtheile kommt nur bei den Neueren vor[87]).

Daß ein Testirer an diese Vertheilungsnorm und an die technische Bezeichnung der Theile nicht gebunden war, versteht sich von selbst[88]). Ja, auch wenn er aus Unwissenheit oder Versehen die technischen Ausdrücke so gebraucht hatte, daß hiernach die Vertheilung des As nicht

84) Balbus l. l. §. 15. schreibt *siciliquus*. — S. auch *Volus*. Maecianus §. 29. „Dividitus uncia in quatuor sicilicos, i. e. quatuor partes." — Festus (ap. Gothofr. p. 436) erklärt den Namen so: Sicilicum dictum, quod semunciam secet." — Eine Anwendung findet sich in L. 21. §. 2. D. *de ann. legat.* (XXXIII. 1.), wo drei Viertheile einer Unzie durch semuncia et sicilicum bezeichnet werden.

85) *Volus*. Maecianus §. 40. — L. 8. §. 8. D. *de inoff. test.* (V. 2.)

86) Varro de ling. lat. Lib. VIII. §. 49. — §. 8. J. *h. t.* L. 17. §. 5. L. 18. D. *eod.* — Vrgl. Forcellini tot. latin. Lexic. v. *dipondius*.

87) S. Hellfeld §. 1439. u. Höpfner Comment. §. 493. Vrgl. auch L. 17. in f. D. *h. t.* „Quodsi quis dupondium distribuit, et tertium sine parte instituit, *hic non in alium assem, sed in trientem venit.*"

88) L. 13. §. 1. D. *h. t.* „Paterfamilias distribuere hereditatem in tot partes potest, quot voluerit." S. auch die folg. Note.

geschehen konnte, so wurde als Regel angenommen, daß er nur das Verhältniß habe angeben wollen, und darnach wurde denn die Erbschaft vertheilt[89]). Hierbei sind denn folgende Fälle zu unterscheiden:

A) Der Testirer hat allen Erben bestimmte Erbquoten zugewiesen, die Theile in ihrer Zusammenrechnung stimmen aber nicht mit der herkömmlichen Eintheilung des as (**solemnis distributio assis**, wie Ulpian in der L. 13. §. 1. D. *h. t.* sagt) überein. Hier muß weiter unterschieden werden:

1) es finden sich nicht alle Zwölftheile vertheilt; alsdann accresciren die noch übrigen Theile jedem Miterben nach dem Verhältnisse seines Erbtheils[90]). Sind daher drei Miterben, ein Jeder auf den vierten Theil eingesetzt, so erhält Jeder ein Dritttheil, sind es zwei, so bekommt Jeder die Hälfte, wäre einem ein Viertheil, dem anderem die Hälfte gegeben, so würde das übrige Viertheil so zu vertheilen seyn, daß dieser davon noch einmal so viel, als jener erhält, mithin der erste im Ganzen ein Dritttheil, der letzte zwei Dritttheile[91]). Von diesem Grundsatz macht Papinian in dem sechsten Buche sei-

89) Darum wird denn auch der Ausdruck unciae nicht blos für Zwölftheile, sondern geradezu für Erbtheile genommen. S. PAULLI rec. sent. Lib. III. Tit. IV. B. §. 6. „In quot vult *uncias* testator hereditatem suam dividere potest;" und §. 5. J. *h. t.* „Non autem utique duodecim uncias esse oportet; *nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit.*" S. Ed. Schrader civ. Abhandl. Bd. II. S. 228 fg.

90) §. 7. J. *h. t.* — „Vacantem partem singulis dacite pro hereditaria parte accedere."

91) §. 7. J. *h. t.* L. 13. §. 2. 3. D. *h. t.*

ner Responsa[92]) folgende Anwendung: „Lucio Titio ex duabus partibus, Publio Maevio ex quadrante scriptis heredibus, *assem in dodrantem esse divisum respondi*; modum enim duarum partium ex quadrante declarari, quod veteres numis Titio legatis, numorum specie non demonstrata, ceterorum legatorum contemplatione receperunt." Unter den duae partes, in welche der Titius eingesetzt ist, sind hier also nicht $^{2}/_{12}$ zu verstehen, sondern es wird angenommen, der Testirer habe damit solche Theile gemeint, wie er einen dem Mävius zugewiesen (modum duarum partium ex quadrante declarari), wofür Papinian sich auf die Analogie von Geldvermächtnissen bezieht, wenn der Testirer die Münzsorten nicht bestimmt hat, indem alsdann darauf gesehen werde, in welchen Münzsorten der Testirer andere Geldvermächtnisse angeordnet habe. Darnach bekommt also Titius $^{2}/_{3}$, Mävius $^{1}/_{3}$ der Verlassenschaft, oder (wie Papinian sich ausdrückt) der as wird auf Neuntheile reduzirt, wovon jener $^{6}/_{9}$, dieser $^{3}/_{9}$ erhält[93]).

2) Es sind mehr als zwölf Theile vertheilt. In diesem Falle erleidet jeder Miterbe einen verhältnißmäßigen Abzug. „Sed si excesserit (testator) in divisione duodecim uncias, aeque pro rata decrescet; utputa me ex duodecim unciis heredem, te ex sex scripsit, ego hereditatis habeo bessem, tu trientem"[94]). Die Reduction wird sich also in den meisten

92) L. 78. §. 1. D. *h. t.*

93) S. R. J. Pothier Pand. Justin. Lib. XXVIII. Tit. V. Nr. LVII. not. 4 et 5.

94) L. 13. §. 4. D. *h. t.* — S. auch §. 7. J. *h. t.* —

dieser Fälle sehr leicht machen lassen, indem nur angenommen werden darf, daß so viele Theile in dem As seyen, als der Testirer ausdrücklich genannt hat [95]). Geradezu in der Art werden denn auch einzelne Fälle entschieden: zwei Miterben sind auf das Ganze eingesetzt, einem Dritten ist die Hälfte und ein Sechstel angewiesen; hier soll angenommen werden, der Testirer habe den As in zwanzig Theile getheilt, wovon denn zwölf auf die ex asse eingesetzten Erben, acht auf den Dritten kommen [96]). Ferner: es ist dem Einen ein Dritttheil gegeben, und nachdem die übrigen Theile des as an Andere vertheilt sind, demselben Miterben noch ein Sechstheil. In diesem Falle wird der As in vierzehn Theile getheilt, wovon der auf 1/3 und 1/6 eingesetzte sechs Theile erhält [97]). Diesem ist es denn auch gemäß, daß, wenn zwei auf das Ganze, andere auf zwölf Unzien eingesetzt sind, die ersteren beiden zusammen eine Hälfte der Erbschaft er-

„et ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescare, ut, si verbi gratia quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sunt, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte scriptus fuerit.“

95) S. Schrader civ. Abh. Bd. II. S. 254 fg.

96) L. 13. §. 6. D. *h. t.* „Si duos ex asse heredes instituerit, tertium autem ex dimidia et sexta, — Labeo ait, in viginti uncias assem dividendum, octo laturum ex dimidia et sexta scriptum, illos duos duodecim.“

97) L. 13. §. 7. *eod.* „*Titius ex parte tertia*, deinde, asse expleto: *item ex parte sexta*, in quatuordecim uncias hereditatem dividendam Trebatius ait.“

halten, die andere Hälfte aber dem auf zwölf Theile eingesetzten Erben zufällt[98].

Mit diesen Entscheidungen nun scheint im Widerspruch zu stehen die **L. 23. C.** *de legat.* **(VI. 37.)**[99]. Justinian entscheidet hier (wie er selbst angiebt) eine Streitfrage der alten Juristen, die nämlich: wie es zu verstehen sey, wenn der Testirer ein Ganzes durch Vermächtniß oder Erbeinsetzung dem Einen zugewandt habe, darauf aber einen Theil dieses Ganzen einem Anderen[100]? Seine Entscheidung ist hauptsächlich in folgenden Worten (des princ.) enthalten: „**Si quis itaque vel agrum,** ***vel hereditatem*** **relinquerit, primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam: utrumque in sex uncias esse vel dominum rei legatae, vel hereditatis. Et si tota re primo relicto, ter-**

98) **L. 13. §. 5.** *eod.* „**Sed si duos ex asse heredes scripserit, alios ex duodecim unciis, an aeque distributio fiat, apud Labeonem quaeritur. Et putat Labeo, et illos ex semisse, et hos, qui ex duodecim unciis scripti sunt, ex semisse heredes fore; cui sententiae assentiendum puto.**"

99) Ed. Schrader civ. Abh. Bd. **II. Nr. IV.** (Auslegung des letzten Willens, wenn der Erblasser mehr als ein Ganzes vertheilt hat, mit besonderer Rücksicht auf **L. 23. C.** *de legat.*)

100) In dem princ. der Stelle. Der §. 1. behandelt die verwandte Frage: wie es zu halten sey, wenn Mehreren dasselbe Ganze zugewendet werde? Hier entscheidet der Kaiser: daß (falls nicht der erweisliche Wille des Testirers ein Anderes mit sich bringe) eine Concurrenz zu gleichen Theilen Statt finde, — eine Bestimmung, welche (wenigstens in Beziehung auf Erbeinsetzungen) auch mit den Grundsätzen des Pandektenrechts völlig übereinstimme.

tiam partem secundo reliquerit: secundum praedictum modum octo quidem uncias vel agri vel hereditatis apud primum remanere, tertiam autem partem vel quatuor uncias ad secundum migrare. Et sic in omnibus statuendum est, i. e. in hereditatibus, vel legatis, vel fideicommissis: vestigia enim voluntatis testatoris non aliter nisi per hujusmodi viam aestimanda sunt." — Vergleicht man nun damit die Bestimmungen der Pandekten, so erfolgt hier die Berechnung nach sogenannter geometrischer Proportion, d. h. es wird angenommen, der Testirer habe, indem er mehr als das Ganze vergabte, nur das Verhältniß festsetzen wollen, in welchem die mehreren von ihm Berufenen unter sich theilen sollen, wonach denn also eine verhältnißmäßige Verminderung der Theile aller Genannten anzunehmen ist. Bei der Entscheidung Justinians dagegen liegt die Ansicht zu Grunde: der Testirer habe durch die folgende Anordnung die frühere geradezu vermindert [1]), es sey also (nach rein arithmetischer Proportion) der in der späteren Disposition genannte Theil von dem früher genannten Ganzen vollständig abzuziehen.

Von jeher sind die Meinungen der Ausleger über den Sinn dieser Stelle und ihr Verhältniß zu den Bestimmungen der Pandekten sehr verschieden gewesen [2]).

1) Es geht der Kaiser bei seiner Entscheidung von der Voraussetzung aus: es sey der Testirer nicht etwa durch Unkunde der Rechnungsgrundsätze zu einer solchen Anordnung verleitet worden, sondern durch theilweise Aenderung seiner früheren Disposition: „recessisse quidem a priore voluntate, voluisse autem minui eam sex unciis."

2) In der genannten Abhandl. von Schrader §. 5. werden die verschiedenen Meinungen aufgezählt und geprüft.

Manche glauben, daß durch die Entscheidung Justinians das Pandektenrecht aufgehoben sey [3]). Nun verträgt es sich mit dieser Ansicht sehr wohl, daß Justinians Constitution die Entscheidung einer streitigen Rechtsfrage enthält; indem wir aus den obigen Aeußerungen deutlich ersehen, daß die röm. Juristen, auch über die in den Pandekten entschiedenen Fälle keineswegs einig waren. Allein andere Gründe stehen derselben entgegen. Die Constitution wurde im November 530, noch vor dem Auftrage zur Anfertigung der Pandekten erlassen; wenn nun dennoch mehrere, durchaus deutlich abgefaßte und eine Hinweisung auf Meinungsverschiedenheiten enthaltende Stellen in die Pandekten aufgenommen sind, so ist es kaum glaub-

3) So insonderheit DUARENUS in comment. ad tit. D. *de hered. inst.* cap. III. (opp. ed. Frf. p. 339.) und CUJACIUS an mehreren Stellen, besonders aber in seinem Commentar zu diesem Gesetze Justinians. — Schrader a. a. O. erwähnt (S. 247. Not. t. seiner angef. Abhandl.) noch einer von Giphanius in Bezug genommenen eigenthümlichen Ansicht von *Fr.* BALDUINUS, die er indessen nicht habe auffinden können. Es ist vermuthlich die in seinem Justinianus Lib. II. (in der jurispr. Rom. et Att. T. I. p. 1110 sq.) entwickelte, worin er sich im Ganzen auch zu der Meinung bekennt, nach welcher die Justinianische Entscheidung unverträglich ist mit der in den Pandekten enthaltenen, jedoch glaubt, daß die Pandekten noch in manchen Fällen zur Anwendung kommen können, nämlich in den Fällen, wo dem Letztgenannten Unzien zugewiesen seyen, nicht aber Quoten, wie ½, oder ⅓, indem alsdann anzunehmen sey, daß der Testirer von der ihm gesetzlich zustehenden Freiheit, seine Erbschaft in beliebige Theile zerfallen zu lassen, habe Gebrauch machen wollen. Im Wesentlichen ist dies aber nur die gleich zu erwähnende Ansicht Donells.

lich, daß hierin Grundsätze angewandt seyn sollen, welche Justinian früher schon abschaffte[4]). Meistens ist man daher auch auf eine Vereinigung der Pandekten und des Codex bedacht gewesen, die sich zunächst darauf stützt, daß beide von verschiedenen Fällen handeln. Von den verschiedenen Vereinigungsversuchen verdienen folgende die meiste Aufmerksamkeit:

a) die besonders von H. Donellus vertheidigte[5]). Diese geht im Ganzen (und wenn man von einigen Unbestimmtheiten im Ausdruck von Donellus hinwegsieht) darauf hinaus, daß die Pandekten von Fällen zu verstehen seyen, wo der Testirer seine Erbschaft nach den technischen Bezeichnungen durch as, uncias, bes u. s. w. vertheilt habe. Hier sey im Zweifel anzunehmen, daß er in das Dupondium übergegangen sey, oder die Erbschaft in so viele Theile, als von ihm genannt worden, habe theilen wollen. Dagegen die Justinianische Constitution habe den Fall vor Augen, wo dem Einen ein Ganzes, einem Anderen aber ein bestimmter Theil dieses Ganzen namentlich und ausdrücklich hinterlassen wird: in diesem Falle trete eine reine Subtraction dieses Theils von dem Ganzen ein[6]).

4) Schrader a. a. O. S. 241 fg.

5) In den comment. jur. civil. Lib. VI. c. 22. §. 8. d. neuen Ausg.

6) Diese Meinung hat vielen Beifall gefunden, und wird insonderheit auch angenommen von *A.* Schulting in den totae ad Dig. T. V. p. 51. Vinnius in comment. ad Inst. Lib. II. Tit. XIV. §. 7. u. von Heineccius in den Noten zu Vinn. Von diesen Schriftstellern wird die Meinung Donells übrigens noch etwas bestimmter ausgedrückt, wie von Donellus selbst.

b) Die zweite findet sich namentlich bei Siphanius[7]), viel ausführlicher und gründlicher aber bei Schrader in der angef. Abhandlung. Sie fußt auf die Aeußerung Justinians, daß, wenn der Testirer dem Einen ein Ganzes und nachher einem Anderen einen Theil desselben zuwendet, es so anzusehen sey, als ob er hiedurch seinen früheren Willen theilweise geändert habe, d. h. also: die letzte Verfügung ist ganz giltig, die erste wird in so weit beschränkt, als es hiernach nöthig ist. Justinian baue nämlich seine Entscheidung lediglich auf das früher oder später[8]); dagegen sey in den Pandektenstellen auf einen solchen Zeitunterschied wenigstens keine bestimmte Rücksicht genommen. Zwar enthalte eine dieser Stellen ebenfalls einen, möglicherweise auf einen Zeitunterschied gehenden Ausdruck[9]), allein jedenfalls sey vorauszusetzen, daß hier die Miterben, deren Portionen zusammengenommen mehr als das Ganze betragen, unmittelbar hinter einander aufgeführt seyen. Strenge genommen liege auch darin freilich ein Zeitunterschied, daß Einer nach dem Andern genannt sey; aber dieser Zeitunterschied sey so unbedeutend, daß man die unmittelbar

7) In der explanat. difficilior. leg. Cod. ad L. 23. C. *de leg.*

8) L. 23. pr. Cod. cit. — „si quis quendam agrum — in solidum legaverit, *deinde* alii partem ejus dimidiam“ u. s. w. Und weiter unten: — „Manifestissimum est, eum, qui *ab initio* duodecim uncias rei cuidam reliquit, recessisse *a priore voluntate*“ u. s. w.

9) L. 13. §. 7. D. *h. t.* — „Titius ex parte tertia, *deinde*, asse expleto, idem ex parte sexta.“

nach einander Genannten als zugleich berufen betrachten müsse. Die Regel des Codex komme mithin dann zur Anwendung, wenn verschiedene, das Ganze übersteigende, Anordnungen dergestalt nach einander vorgenommen seyen, daß die Annahme einer Willensänderung damit vereinbar sey[10]).

Den letzteren Satz darf man unbedenklich zugeben; aber Justinians Entscheidung ist dadurch noch keineswegs erklärt, indem diese davon ausgeht, daß der Testirer seinen früheren Willen theilweise geändert habe, wenn er sich so ausdrücke, wie in der Constitution angenommen wird. Da nun dies allein daraus noch nicht folgen soll, daß die bestimmten Theile zusammengenommen das Ganze überschreiten, so muß man sich nach einem anderen Erklärungsgrunde umsehen, und diesen findet Schrader eben in dem Zeitunterschied, oder darin, daß Mehrere nach einander in verschiedenen Theilen des letzten Willens berufen seyen[11]). Indessen stehen dieser Erklärung doch manche Bedenklichkeiten entgegen, und jedenfalls dürfte darnach das Gesetz in der Anwendung zu vielen Streitigkeiten Veranlassung geben. Sagt z. B. der Testirer: ich setze den Titius zum Erben meines ganzen Vermögens ein, die Hälfte aber soll Mävius haben,

10) Schrader a. a. O. S. 242 fg.

11) a. a. O. S. 244. Vrgl. auch S. 248, wo er die im Wesentlichen von ihm gebilligte Ansicht des Siphanius so referirt: die Grundsätze des Codex finden alsdann Anwendung, wenn Mehrere in verschiedenen Theilen des letzten Willens, die der Pandekten, wenn sie unmittelbar hinter einander eingesetzt sind. — Vrgl. auch die Schlußnote von Schrader ad §. 7. J. *h. t.*

so würde sowohl nach der Natur der Sache als nach Justinians Constitution dahin entschieden werden müssen, daß beide die Erbschaft nach gleichen Theilen unter sich zu theilen haben; stellt man aber Alles darauf, ob die Erben unmittelbar hinter einander, oder in verschiedenen Theilen des letzten Willens genannt sind, so wird die Sache schon zweifelhaft. Alles in Allem erwogen dürfte daher die Donell'sche Meinung (so wie sie oben ausgedrückt ist) den Vorzug verdienen. Schrader erinnert zwar dagegen, daß es einer Entscheidung über einen solchen Fall überall nicht bedurft habe, indem sich hier die Anwendung der arithmetischen Proportion, oder der reinen Abzugstheorie von selbst verstehe[12]). Indessen konnte dabei ja eben so gut, wie bei der Vertheilung der Erbschaft nach den herkömmlichen technischen Bezeichnungen, ein Versehen des Testirers möglich seyn, zumal da die Ausdrücke: dimidia, tertia pars u. s. w. eben so leicht auf 6 oder 4 Unzien des verdoppelten As, als auf das wirkliche Ganze bezogen werden können. Es liegt aber auch der Entscheidung Justinians, bei aller Unbestimmtheit des Ausdrucks, ein richtiger Gedanke zu Grunde: der Erblasser kann seine Erbschaft in so viele Theile, als er nur will, zerfallen lassen; nennt er daher nur Theile und überschreitet dabei den arithmetisch bestimmten Umfang des Ganzen, so liegt gewiß der Schluß sehr nahe, daß die Erbschaft nach Verhältnißbegriffen zu vertheilen sey. Bezeichnet er dagegen die Theile nach absoluten Theilbegriffen (— die Hälfte, ein Dritttheil u. s. w.), so darf wohl angenommen werden, daß er auch gerade um so viel das vorhin genannte Ganzen habe verkleinern

12) a. a. O. S. 250 fg.

wollen[13]). Mit der Voraussetzung, die Justinian für unzweifelhaft hält[14]), daß der Testirer durch eine solche Disposition seinen früher ausgesprochenen Willen wirklich theilweise habe ändern wollen, mag man immerhin nicht einverstanden seyn, ohne deswegen die Entscheidung selbst misbilligen oder für schlecht motivirt halten zu dürfen. — Mehr Gewicht scheint das Gegenargument zu haben, daß ja auch Justinian von einzelnen Theilbezeichnungen spricht, und in diesem Falle das Nämliche eintreten läßt, wie wenn absolute Theile genannt wären[15]); auch kann man sich in dieser Hinsicht auf eine Pandektenstelle beziehen, in welcher absolute Theile genannt sind und dennoch die

13) Schrader führt eine Dissertation von Oppenritter an (decision. imperatoriar. Syntagma. Vienn. 1735) worin nach der von ihm gegebenen Relation die Donell'sche Ansicht ungefähr auf die obige Art entwickelt ist. Er bemerkt dagegen, daß man bei dieser Erklärung nicht sowohl auf den Zusammenhang des Ganzen, als vielmehr nur auf einzelne Ausdrücke sehe. Ich möchte dies gerade gegen die Siphanius-Schrader'sche Ansicht erinnern, indem hier Alles darauf gestellt wird, daß nach den von Justinian angeführten Beispielen zuerst (ab initio) Einem das Ganze und darauf (deinde) einem Anderen ein Theil gegeben ist. Will man auf so etwas Gewicht legen, so muß man in der That annehmen, daß L. 13. §. 7. D. *h. t.* mit Justinians Entscheidung im Widerspruche stehe; denn warum soll hier der Ausdruck *deinde* etwas Anderes bedeuten, als in der Constitution?

14) „— *manifestissimum est*, eum — recessisse — a priore voluntate."

15) „eum, qui ab initio *duodecim uncias rei* cuidam reliquit — — voluisse minui eum *sex unciis*." Schrader a. a. O. S. 242. S. 250.

Entscheidung nach der geometrischen Proportion erfolgt, d. h. eine verhältnißmäßig vorzunehmende Minderung sämmtlicher Theile beliebt wird [16]). Aber sollte dagegen nicht mit Recht erinnert werden können, daß man sich zu sehr an bloße Worte hänge, und den Zusammenhang des Ganzen, so wie das der Entscheidung zu Grunde liegende Prinzip nicht genug berücksichtige? (S. Note 13.) Regelmäßig erschöpfen 12 Unzien den ganzen As, so wie 6 Unzien die Hälfte desselben bilden; so konnte Justinian also wohl, nachdem er vorher absolute Theilbegriffe genannt hatte, ohne wesentliche Mißverständnisse befürchten zu dürfen, bei der Wiederholung des Falls die Bezeichnung eines Ganzen durch 12 Unzien, einer Hälfte durch 6 Unzien wählen. Was aber die Pandektenstelle anbetrifft; so darf auf den Ausdruck *dimidia et sexta* kein besonderes Gewicht gelegt werden, da der Jurist nur den Inhalt der Verfügung im Allgemeinen angiebt, nicht aber den Wortlaut derselben, und die Stelle ohne den Worten Zwang anzuthun auch so wiedergegeben werden kann: wenn Jemand Zwei auf zwölf Theile, Einen auf acht Theile einsetzt, so zerfällt die Erbschaft in zwanzig Theile. — Fassen wir nun den Inhalt der Pandektenstellen und der Constitution in wenig Worte zusammen, so ergiebt sich folgendes Resultat: wenn ein Testirer bei der Vertheilung an einzelne Successoren die arithmetischen Theilbegriffe überschreitet, so soll im Zweifel [17])

16) L. 13. §. 6. D. *h. t.* „Sed si duos ex asse heredes instituerit, tertium autem *ex dimidia et sexta*, — *in viginti uncias assem dividendum*" —.

17) Daß hierbei stets auf die Absicht des Testirers zu sehen sey, ergiebt sich insonderheit daraus, daß die röm. Juristen die Anwendung dieser Reductionsart auf den wahrscheinlichen

eine verhältnißmäßige Verminderung aller Theile eintreten, wird aber die auf ein Ganzes gerichtete Disposition hinterher durch Theilbestimmungen gemindert, so ist diese Minderung vollständig zu verstehen, d. h. die später Genannten bekommen die ihnen überwiesenen Theile ohne Abzug [18]).

Da übrigens die römische Bezeichnung eines Ganzen und seiner einzelnen Theile jetzt nicht mehr angewandt wird, so tritt heut zu Tage ohne Zweifel viel seltener die Veranlassung ein, von dem Reductionsprinzip der Pandekten Gebrauch zu machen, als von dem des Codex, indem Unkunde der Bezeichnungsweise wohl die gewöhnlichste Ursache der (wie es scheint) bei den Römern so häufig vorkommenden Ueberschreitung der Theile des As war. Indessen kommen auch die Bestimmungen des Pandektenrechts in den Fällen noch zur Anwendung, wenn

Willen des Disponenten gründen; s. z. B. L. 17. in f. D. h. t. Auch entscheidet Justinian den in dem §. 1. enthaltenen Fall (s. oben Note 100) ausdrücklich mit dem Vorbehalte: falls nicht der Testirer ein Anderes gewollt und bestimmt habe.

18) Daß auch hierbei der anderweitige Wille des Testirers zu berücksichtigen sey, kann wohl nicht bezweifelt werden. Denn wenngleich der Kaiser sagt: „vestigia voluntatis testatoris non aliter, nisi per hujusmodi viam aestimanda sunt," so kann dies doch nur heißen: wenn der Testirer sich so ausgedrückt hat, wie hier angenommen wird (dem Einen das Ganze, einem Anderen die Hälfte, ein Dritttheil u. s. w. zugewandt hat), so soll vorausgesetzt werden, daß er durch die spätere Verfügung die frühere habe beschränken wollen, bloße Vermuthungen des Gegentheils aber sollen nicht berücksichtigt werden. — Etwas anders erklärt diese Worte Schrader a. a. O. S. 230 fg.

wirklich zu viel vertheilt ist, die in Justinians Constitution enthaltenen Grundsätze aber auf den Fall keine Anwendung leiden[19]; wenn sich z. B. folgende Disposition fände: ich setze den A. B. C. D. und E. zu Erben ein, und zwar in der Art, daß A. zwei, B. drei, C. vier, D. fünf, E. sechs Theile erhalten soll, so leidet es sicher keinen Zweifel, daß hier zwanzig Theile zu machen seyen. Aber eine gleiche Vertheilungsart muß auch alsdann eintreten, wenn der Testirer diese Theile irrig als Sechstheile bezeichnet, mithin nach arithmetischen Regeln das Ganze um mehr als das Dreifache überschritten hätte.

Uebrigens muß nach Justinians Constitution nothwendig angenommen werden, daß dem später Berufenen weniger als das Ganze bestimmt sey; denn sonst würde ja die frühere Verfügung dadurch stets ganz aufgehoben werden. Daß Justinian dies aber nicht habe sagen wollen, ergiebt sich nicht blos daraus, daß immer nur von Verminderung der früheren Anordnung durch die folgende die Rede ist, sondern auch aus dem in dem §. 1. der Constitution entschiedenen Falle, wonach, wenn Mehreren das Ganze zugewandt wird, Jeder die Hälfte erhalte: — „sancimus, cuicunque sit hereditas vel ager in memoratis casibus, sive conjunctim, sive soli, sive saepius eidem relictus, *aequa lance* et *hereditatem* et agrum et aliam quamcunque rem *dividi* et *ad dimidiam partem unumquemque vocari*"[20]). — Wie aber, wenn die frühere Disposition ebenfalls keine Verfügung über das Ganze, sondern nur über einen Theil enthält? Schrader will, daß sie auch in diesem

19) Weber zu Höpfner, im Commentar §. 493. Not. 2.

20) Schrader a. a. O. S. 237. (Nr. 4.) u. S. 240.

Falle durch die spätere auf die nämliche Art beschränkt werde, daß also, wenn Jemand z. B. den A. zu 2/3, dann den B. zu 3/4 seiner Erbschaft berufen habe, anzunehmen sey, der Testirer habe den A. durch die letzte Verordnung auf 1/4 reduziren wollen[21]). Indessen sollte dies in der That dem zu vermuthenden Willen des Testirers gemäß seyn? Sollte es diesem nicht viel eher entsprechen, daß der Testirer, welcher jedem Miterben Theile zugewiesen, dabei aber die in einem Ganzen enthaltenen numerischen Einheiten überschritten hat, seine Erbschaft habe in eben so viele Theile, als vertheilt sind, zerfallen lassen wollen, — also in dem genannten Falle in 17 Theile, wovon auf den A. acht, auf den B. neun kommen? Es ist aber auch nicht möglich, auf andere Weise die Bestimmungen der Pandekten und des Constitutionen-Codex mit einander zu vereinigen, wenn man anders nicht darauf verzichtet, in jenen einen festen, durchgreifenden und mit Sicherheit anzuwendenden Grundsatz zu finden. Berücksichtigt man endlich, daß ein Zweifel darüber: ob der Testirer durch eine spätere Verfügung die frühere geradezu habe beschränken oder eine Vertheilung der Erbschaft nach geometrischer Proportion der genannten Theile eintreten lassen wollen? jedenfalls viel näher liegt, wenn er zuerst über das Ganze vollständig verfügte, — so wird man wohl kaum Anstand nehmen dürfen, Justinians Verordnung buchstäblich zu verstehen und anzuwenden.

B) Betrachten wir den zweiten Hauptfall: der Testirer hat Einem oder Mehreren bestimmte Erbtheile zu-

21) a. a. O. S. 238 fg. (Nr. 6.)

gewiesen, Andere ohne Bestimmung des Theils eingesetzt. Ist nun hier

1) durch die bestimmten Theile der As nicht erschöpft, so erhalten die ohne Theile Eingesetzten das noch Übrige[22]). Wenn dagegen

2) durch die bestimmten Theile der As erschöpft, oder gar überschritten ist, so werden die Theile des As verdoppelt, oder aus dem As wird ein Dupondius, und darnach bestimmt es sich, was und wie viel die ohne bestimmte Theile Eingesetzten erhalten. Wäre daher durch die bestimmte Zutheilung der As gerade erschöpft, so bekommen die übrigen Miterben zusammen die Hälfte, hätte der Testirer 14 Theile vertheilt, so würden die nicht auf Theile Eingesetzten zusammen 10 Theile erhalten, so daß mithin hier allemal eine verhältnißmäßige Verminderung der bestimmten Theile, oder die Anwendung der geometrischen Proportion eintritt[23]). Und ein Gleiches findet Statt, wenn durch die bestimmten Theile auch der Du-

22) §. 6. *J. h. t.* „Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fiet, et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrent." — L. 17. pr. D. *h. t.* — Für eigentliche conjuncti gelten übrigens diejenigen nicht, welche zu den noch übrigen Theilen des As concurriren; L. 17. §. 1. *eod.* (— „nam quantum ad jus accrescendi, non sunt conjuncti, qui sine partibus instituuntur.")

23) §. 8. J. *h. t.* „Et si plures unciae, quam duodecim, distributae sunt, is, qui sine parte institutus sit, quod dupondio deest habebit." — L. 17. §. 2. 4. L. 18. D. *h. t.*

pondius erschöpft oder überschritten ist [25]), was die Neueren so ausdrücken: ex asse fit tripondius [24]).

24) §. 8. J. *h. t.* — „Idemque erit, si dupondius expletus sit; quae omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum;“ d. h. es erfolgt allemal eine verhältnißmäßige Reduction auf den As, wie viele Theile auch gemacht seyn mögen, so daß mithin, wenn Einer auf $\frac{12}{12}$, ein Anderer ebenfalls auf $\frac{12}{12}$, ein Dritter ohne Theilbestimmung eingesetzt ist, Jeder ein Drittheil des As erhält, wie wenn die einzelnen Miterben ausdrücklich auf einen triens eingesetzt sind. (L. 17. §. 5. *eod.*) Vrgl. auch L. 18. in f. *eod.* — „eadem ratio est in secundo asse, quae in primo.“

25) Gezweifelt wurde aber darüber, ob nicht in einem solchen Falle der Dupondius zu verdoppeln sey, das Gegentheil aber, als dem wahrscheinlichen Willen des Testirers entsprechender, gebilligt: L. 17. §. 5. D. *h. t.* „Quod si quis dupondium distribuit, et tertium sine parte instituit, hic non in alium assem, sed in trientem venit, ut Labeo libro quarto posteriorum scripsit; nec Aristo vel Aulus notaverunt.“ Unter dem alius as wird hier der verdoppelte As verstanden (Pothier Pand. Justin. L. XXVIII. Tit. V. Nr. 55. not. 3. Höpfner im Commentar. §. 494. Not. 7.); der Jurist will also sagen: die Theile des As werden nicht vervierfacht, so daß die ohne Theile Eingesetzten Alles erhalten, was an 48 Theilen noch fehlt, sondern nur verdreifacht. Indessen ist es darum nicht nöthig mit Haloander u. A. Statt: in alium assem zu lesen: in alium dupondium; alius as ist hier: ein neues, aus eben so vielen Theilen, wie das durch die bestimmte Zutheilung erschöpfte, bestehendes Ganze. (Vrgl. *Ant.* Augustini emendat. Lib. III. c. 3. in f., in Ottonis Thes. T. IV. p. 1507. und *A.* Faber conj. Lib. V. c. 20.) Die Schlußworte der Stelle sagen: daß auch Aristo und Aulus gegen diese Ansicht des

Drückt sich der Testirer, nachdem er durch bestimmte Theile den As erschöpft hat, nur so aus: ex reliqua parte ille vel ille heres esto, so soll der ohne bestimmte Theile Eingesetzte nichts erhalten [26]); die röm. Juristen behandelten diese Einsetzung mithin als eine solche, wobei Bezug genommen ist auf eine Bestimmung des Erbtheils, welche gar nicht existirt [27]). Uebrigens versteht sich dabei von selbst die Einschränkung: sofern nicht der Wille des Testirers ein Anderes mit sich bringt;

Labeo nichts erinnert, sondern sie als die wahrscheinliche (d. h. dem zu vermuthenden Willen des Testirers angemessene) gebilligt hätten. Streitig nun ist es: ob Aulus Ofilius oder Aulus Cascellius gemeint sey? und ob überhaupt Aulus und nicht vielmehr Paulus zu lesen sey? indem wohl von diesem, nicht aber von jenem mit hinreichender Gewißheit bekannt ist, daß er Noten zu Labeo geschrieben habe. Hierüber, so wie über die seltsame Lesart dieser Stelle bei Haloander, welche durch ein Mißverständniß des ganzen unkritischen Bologninus veranlaßt ist, s. besonders *Ant.* Augustinus l. l. und *Aug.* Menagius in den amoenit. jur. civ. c. 8. p. 43 sqq. der Frankf. Ausg.

26) L. 17. §. 3. D. *h. t.* — „quoniam, quum nihil reliquum sit, ex nulla parte heres institutus est."

27) L. ult. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII, 11.) — „Quodsi — — non invenitur portio, ex qua institutus est (heres), nec bonorum possessionem petere potest. Id evenit, si quis ita heredem instituat: *Titius quanta ex parte priore testamento eum heredem scriptum habeo, heres esto,* vel: *quanta ex parte codicillis scriptum eum habeo*, si scriptus non inveniatur." — *Jos.* Averanii interpr. jur. Lib. V. c. 20. Nr. 1. 2.

denn fast in allen Stellen, welche die Lehre von der Erbtheilung bei ungenauer Bestimmung des Testirers behandeln, wird darauf hingewiesen, daß seinem erweislichen oder doch als wahrscheinlich anzunehmenden Willen nachgegangen werden solle. Darum wird denn die eben vorgetragene Entscheidung auch nur für den Fall gebilligt, wenn der As durch die bestimmten Theile gerade erschöpft war. Ist er vom Testirer überschritten, dieser mithin durch seine Anwendung selbst schon ins Dupondium übergegangen, so tritt wieder die verhältnißmäßige Verminderung der bestimmten Theile, als die dem zu vermuthenden Willen des Testirers entsprechendere Theilungsart ein. *Hermogenianus Lib. III. juris epitomarum*: „Ex unciis sex primo herede instituto, secundo ex octo, *si tertius ex residua parte* — heres instituatur, quinque uncias hereditatis tertius habebit; in viginti quatuor etenim partes hereditate distributa, tertio ratio calculi, veluti ex decem partibus instituto, quinque uncias assignavit“ 28); also es kommt zum Dupondium, wovon der Erste sechs, der Zweite acht, der Dritte zehn Theile erhält, oder — bei der Reduction auf eigentliche Unzien — der Erste drei, der Zweite vier, der Dritte fünf Zwölftheile.

Eine besondere Erwägung verdienen noch die Fälle, wo der Testirer bei der Theilbestimmung auf ein künftiges noch ungewisses Ereigniß Rücksicht genommen hat, namentlich auf seine künftige Nachkommenschaft. *Julianus Lib. XXIX. Digestorum*: Si ita scriptum

28) L. 87. D. *h. t.* — S. Pothier Pand. Justin. Lib. XXVIII. Tit. V. Nr. 54. Not. 1.

sit: *si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto, ex reliqua parte uxor mea heres esto; si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto, ex reliqua parte uxor heres esto*; et filius et filia nati essent, dicendum est, assem distribuendum esse in septem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat: ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit, quam uxor, item uxor altero tanto amplius, quam filia. Licet enim subtili juris regulae conveniebat, ruptum fieri testamentum, attamen, quum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad hujusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est; quod etiam Juventio Celso apertissime placuit"[29]). — Der Testirer hatte keine Rücksicht darauf genommen, daß ihm Zwillinge geboren werden könnten, sondern nur bestimmt, in welchem Verhältnisse die Frau erben solle, wenn ihm entweder ein Sohn oder eine Tochter geboren werden würde. Genau genommen (subtili juris regula), sagt Julian, sey durch das Erscheinen von Zwillingen das Testament rumpirt; da indessen doch der Testirer das Verhältniß zu beiden — Sohn und Tochter — bestimmt hat[30]), so steht die buchstäbliche Fassung der

29) L. 13. pr. D. *de liber. et postum.* (XXVIII. 2.)

30) „Quum ex utroque nato testatur volverit uxorem aliquid habere;" ob *ex* oder *et* utroque gelesen oder die Partikel ganz weggelassen wird, ist im Wesentlichen gleichgiltig. Nach der ersten Lesart erscheinen die Kinder als die hauptsächlichen Erben, deren Erbtheil durch die Mutter verkleinert wird; immer ist der Gedanke: da der

Disposition ihrer Ausführung nicht im Wege, und darum ist hier die auf Billigkeit gegründete Interpretationsregel anzuwenden, daß Rechtsgeschäfte, und insonderheit letztwillige Verfügungen im Zweifel aufrecht zu erhalten seyen. Was aber die Art der Ausführung, die Vertheilung, anbetrifft, so wird auch hier wieder die Verminderung der Erbtheile aller Erben nach der geometrischen Proportion zur Anwendung gebracht. Der leitende Grundsatz ist: ein Sohn soll noch einmal soviel als die Ehegattin haben, diese noch einmal soviel als eine Tochter; hiernach zerfällt denn die Erbschaft in 7 Theile, wovon der Sohn 4/7, die Frau 2/7, die Tochter 1/7 erhält, oder wenn man will, in vierzehn Unzen, wovon acht auf den Sohn, vier auf die Frau, zwei auf die Tochter kommen[31].

Ein anderer hieher gehöriger Fall wird von African in dem vierten Buche der Quästionen vorgetragen[32]: Jemand setzt seine Tochter Titia als heres ex asse ein. („Titia filia mea *heres esto*.") Außerdem bestimmt er: sollten ihm noch Kinder geboren werden, so setze er die vom männlichen Geschlecht auf drei Viertheile ein („qui virilis sexus unus pluresve nascentur, ex *parte dimidia et quarta* — — heredes sunto"), die Kin-

Testirer bestimmt hat, daß die Mutter, und in welchem Verhältniß sie erben solle, möge nun ein Sohn oder eine Tochter erscheinen, so läßt sich die Giltigkeit der Disposition behaupten.

31) S. Averanii interpr. iur. Lib. I. cap. 21. Nr. 6. Pothier Pand. Justin. Lib. XXVIII. Tit. II. Nr. 31. Not. 1. Majansii disput. Nr. XXXVII. §. 8.

32) L. 47. §. 1. D. *h. t.*

der weiblichen Geschlechts aber auf den vierten Theil („feminini sexus una pluresve — — — ex parte quarta“). Da nun noch ein Sohn geboren wird, so entscheidet African: es sey die Erbschaft in 7 Theile oder in 21 Unzien zu theilen, wovon die Titia vier Theile = 12 Unzien, der Postumus drei Theile = 9 Unzien erhalte; denn, da dem Sohne neun Theile (dodrans) zugetheilt seyen, so müsse er um ein Viertheil weniger erhalten, wie die eingesetzte Tochter, welche in das Ganze eingesetzt sey. Wäre auch noch ein Mädchen geboren, so würde die Titia die Hälfte der ganzen Erbschaft erhalten, die andere Hälfte aber unter die beiden Nachgebornen zu theilen seyn, — wobei sich denn von selbst versteht, daß hievon 9 Theile, (des Dupondius) auf den Postumus, drei Theile auf die Postuma kämen. — Aber wie verträgt sich diese Entscheidung mit der oben erklärten L. 23. C. *de legat.*, nach welcher, wenn eine auf das Ganze gerichtete Disposition hinterher durch Theilbestimmungen für Andere gemindert wird, diese Theile vollständig von dem Ganzen abzuziehen sind, d. h. nicht blos nach einem verhältnißmäßigen Maaßstab den später Genannten gebühren? Würde hiernach nicht der Postumus volle drei Viertheile von der ganzen Erbschaft, die Postuma ein ganzes Viertheil, und nicht blos drei Unzien von dem Dupondius erhalten müssen? Dies nehmen allerdings auch manche an, und glauben demnach, daß der Stelle von Africanus durch Justinians Constitution derogirt sey [33]). — In der That konnte aber auch nach Justinians Gesetz der Fall nicht anders entschieden werden, wie hier ge-

33) So namentlich Cujacius in comment. ad tit. de heredib. instit. *h. l.*

schehen ist, indem ja der Testirer an die Postumen zusammen zwölf Theile, folglich ein neues Ganze vergabt hatte, in welchem Falle es nach Justinians ausdrücklicher Bestimmung zu einem Dupondius kommen und hiernach die Vertheilung geschehen muß [34]. Es läßt sich hier nicht einmal (wie in dem von Julian in der L. 13. pr. *de lib. et post.* referirten Falle) sagen, daß der Testirer nur an die Geburt entweder eines Sohnes oder einer Tochter gedacht habe; vielmehr sagt er ganz allgemein: würden mir noch Kinder (bei meinem Leben oder nach meinem Tode) geboren, so sollen die Söhne soviel, die Töchter soviel erhalten, mithin hat er beide Fälle vollständig berücksichtigt [35].

Mehr Aehnlichkeit mit dem ersten Falle hat der folgende aus dem neunten Buche der Quästionen von Paulus entlehnte [36]: es bestimmt der Testirer, daß, wenn ihm ein Sohn geboren werde, dieser sein Erbe seyn solle, würden ihm zwei geboren, so sollten diese die Erbschaft zu gleichen Theilen haben, und eben so solle es auch gehalten werden, wenn zwei Töchter zur Welt kommen würden; erscheine ein Sohn und eine Tochter, so erhalte jener zwei Theile, diese ein Dritttheil. Da ihm nun

34) L. 23. §. 1. C. *de legat.* — Vrgl. oben Not. 20.

35) In der Kürze findet sich diese Ansicht bei POTHIER ad h. t. Nr. 57. Not. 1. „Computatur igitur quadrans postumae quae non nata est assignatus, *ita, ut asse completo filia* (*Titia*) *in alterum assem scripta videatur.*" — Mehrere unzulängliche Vereinigungsversuche finden sich in der Accursischen gl. *filia* ad h. l.

36) L. 81. pr. D. *h. t.*

noch zwei Söhne und eine Tochter geboren würden, so entstand die Frage, wie die Theilung geschehen müsse? Die Antwort ist: da jedem der Söhne ein gleicher Antheil gebührt, ein Sohn aber noch einmal soviel haben soll, als eine Tochter, so folgt: daß die Erbschaft in fünf Theile zerfällt, wovon jeder der Söhne ²/₅, die Tochter ¹/₅ erhält[37]).

§. 1440.

Gehörige Art der Erbeinsetzung. 1) *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*

Die Erbeinsetzung muß auf gehörige Art geschehen. Dazu ist 1) erforderlich, daß die Erbeinsetzung auf den gesammten Nachlaß gehe. Zwar bewirkt es an sich noch keine Ungiltigkeit der Disposition, wenn der Erbe auch nur auf einen Theil der Erbschaft, oder auf eine Sache eingesetzt ist, indem dies in der Regel dennoch als eine Verfügung über das Ganze gilt; allein die ausdrückliche Erklärung des Testirers, daß der Erbe durchaus auf den genannten Theil beschränkt seyn solle, ohne eine Bestimmung darüber, wer den übrigen Theil erhalten solle, würde die ganze Disposition ungiltig machen (s. den folg. §.). Nur einem Soldaten steht es frei, so zu verfügen,

37) In der *Gl. Acc. accipiat* ad h. l. wird hierbei die Frage aufgeworfen: wie zu entscheiden sey, wenn nur ein Sohn aber zwei Töchter geboren würden? Die richtige Antwort ist: dann erhält der Sohn so viel, als die beiden Töchter zusammengenommen, die Erbschaft zerfällt demnach in vier Theile, von denen der Sohn $\frac{2}{4}$, jede der Töchter $\frac{1}{4}$ erhält. S. auch CUJACIUS in comment. ad Lib. IX. quaest. Paulli *h. l.*

ja auch ohne eine ausdrückliche Erklärung dieser Art ist der Erbe eines Soldaten auf den ihm zugewiesenen Theil beschränkt; in beiden Fällen kommt das Uebrige an die Intestaterben[38]). Für Andere besteht die Regel: das Ganze muß entweder nach gesetzlichem Erbrechte (ab intestato), oder aus dem Testamente vererbt werden; beide Arten der Delation können nicht mit einander concurriren, sondern die eine schließt die andere mit Nothwendigkeit aus[39]): nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest[40]). Oder, wie Cicero sagt:

38) L. 6. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.) „Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditur, quantum ad residuum patrimonium, intestatus decessisse; *miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.*" — §. 5. J. *h. t.* L. 1. C. *de test. milit.* (VI. 21.) — Daß dabei aber der entgegenstehende Wille des Soldaten berücksichtigt werde, ist zum Ueberfluß ausdrücklich anerkannt L. 37. D. *de test. milit.*

39) Unter der Voraussetzung der Giltigkeit einer testamentarischen Disposition gilt dabei die Regel: „Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur." L. 39. D. *de acq. vel omitt. her.* (XXIX. 2.)

40) Besondere Ausführungen über diese Regel haben in neuerer Zeit gegeben: *C. G.* Haubold (Resp. *J. F.* Hermanno) de caussis, cur idem et testato et intestato decedere non possit. Lips. 1788. (in opuscul. ed. Wenck Vol. I. p. 315 sq.) Thibaut civ. Abh. (Heidelb. 1814). Nr. 5. Seuffert im Archiv f. civ. Praxis. Bd. 2. Nr. XV. S. 217 fg. Diernburg Beitr. z. Gesch. der röm. Test. (Bonn 1821.) S. 302 fg. Gans das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung, Bd. 2. S. 451 fg. Roßhirt Erbr. S. 38 fg. Huschke im Rhein. Mus.

„Unius pecuniae plures, dissimilibus de causis, heredes esse non possunt; nec umquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset"[41]). Pomponius erklärt dies für etwas in der Natur der Sache begründetes, nimmt übrigens zugleich auf die für Soldaten Statt findende Ausnahme Rücksicht, indem er sich hierüber so äußert: „Jus nostrum non patitur, eundem *in paganis* et testato et intestato decessisse: *earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus*"[42]); wogegen Papinian bei Gelegenheit einer nur theilweise durch querela inofficiosi erfolgten Rescission des Te-

Bd. VI. Abs. VIII. S. 257—369. Meine Forts. des Comment. Bd. XXXVIII. S. 337—349. *H.* Zawitz Diss. inaug. de regula, secundum quam nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Gött. 1837, worin sich übrigens die gründlichen Untersuchungen von Huschke überall nicht berücksichtigt finden.

41) Cic. de invent. II. 21.

42) L. 7. D. *de reg. jur.* — S. auch §. 5. *J. h. t.* — „neque enim idem ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur." — Eine lehrreiche Anwendung der Regel findet sich bei Tryphonin in der L. 19. §. 2. D. *de castr. pec.* (XLIX. 17.) „Filiusfamilias paganus de peculio castrensi fecit testamentum, et dum ignorat, patri se suum heredem exstitisse, decessit: non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id in milite etiam nunc rescriptum sit, quia filius *ab initio* pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori; quod

staments sagt: „*nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri*“ [43]).

Ueber den Grund dieser Regel ist von jeher viel gestritten. Darin stimmen indessen Alle überein, auch diejenigen, welche die Aeußerung des Pomponius wörtlich nehmen: es sey ein natürlicher Widerstreit zwischen testatus und intestatus, — es beruhe also die Regel auf natürlichen Voraussetzungen, — daß hierbei nicht an eigentliches Naturrecht zu denken sey, sondern nur an eine aus gewissen Eigenthümlichkeiten des römischen Civilrechts sich ergebende innere Nothwendigkeit [44]). Von den einzelnen Erklärungsversuchen, die sich zum Theil an äußere Zufälligkeiten knüpfen, sind hier folgende zu bemerken:

1) Testamente sind ihrer ursprünglichen Form nach wahre Gesetze, — dem allgemeinen Gesetze (der Intestaterbfolge) wurde durch das besondere (das Testament) be-

jus iste non habuerit, non magis, quam sine observatione legum facere testamentum. Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset, ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes.“

43) L. 15. in f. D. *de inoff. test.* (V. 2)

44) Selbst *Jac.* GOTHOFREDUS (comment. ad tit. de regul. jur. in opusc. ed. TROTZ p. 758) sagt, genau genommen, nichts anderes, indem er nur auszuführen sucht, daß der eigentliche Grund in dem „jus *nostrum* non patitur“ liege, die Worte: „earum rerum naturaliter inter se pugna est“ aber die hieran geknüpfte logische Regel ausdrücken: das Entgegengesetzte kann nicht neben einander bestehen. — Vgl. auch *Jo. Guil.* MARCKART interpret. rec. jur. civ. Lib. II. c. 24. p. 324 sqq.

rogirt[45]). Da nun zwei Gesetze über den nämlichen Gegenstand nicht neben einander bestehen könnten, so folge hieraus von selbst die von Pomponius angenommene juristische Unmöglichkeit eines Nebeneinanderbestehens der testamentarischen und Intestaterbfolge[46]). Allein ist es nicht sehr häufig der Fall, daß ein früheres Gesetz durch ein späteres nur beschränkt, oder zum Theil aufgehoben wird, oder auch, daß man bei Rechtsgeschäften nur zum Theil die gesetzlichen Bestimmungen eintreten läßt, zum Theil aber durch erlaubte Privatautonomie von demselben abweicht? Worin also hier der Widerspruch bestehen soll, wenn ein Testirer nur über einen Theil seines Nachlasses testamentarisch verfügt, im Uebrigen aber die Intestaterbfolge eintreten lassen will, ist nicht wohl abzusehen[47]).

2) Nicht mehr Beachtung verdient der von der nothwendigen Verbindung zwischen der **hereditas** und den **sacra privata** hergenommene Grund[48]); denn mußten ja die **sacra** auch unter mehrere Testamentserben vertheilt werden, wie hätte also hierauf eine Verschiedenheit des Delationsgrundes von Einfluß seyn können[49])?

3) Am wenigsten läßt sich die Regel wohl aus dem bloßen **favor testamentorum** erklären, oder aus der rechtlich begünstigten Ausschließung der Intestaterben[50]).

45) Vrgl. *Corn. v.* BYNKERSHOEK **obs. jur. Rom. Lib. II. c. 2.** Huschke a. a. O. S. 292 u. oben Bd. XXXVIII. S. 260 fg.

46) S. HAUBOLD l. l. §. 7.

47) Vgl. Thibaut a. a. O. S. 70.

48) HAUBOLD l. l. §. 8.

49) Thibaut a. a. O. S. 71.

50) HAUBOLD l. l. §. 10.

Denn, eines Theils folgt ja daraus noch keineswegs, weshalb der Testamentserbe mehr haben solle, als ihm der Testator zugewandt hat, anderen Theils verträgt es sich damit nicht wohl, daß gerade bei den so sehr begünstigten militärischen Testamenten jene Regel nicht eintrat[51]). Und wenn

4) Andere sich auf eine für das Recht des Testamentserben sprechende Vermuthung gründen, daß der Testirer demselben das Ganze habe zuwenden wollen[52]), so läßt sich diese Meinung wohl nicht leichter, als dadurch widerlegen, daß eine solche Vermuthung ja jedenfalls durch den entgegenstehenden Willen des Testirers ausgeschlossen werden müßte, was ja aber hier der Fall nicht ist[53]).

5) Thibaut nimmt ohne Weiteres an, der Grund unserer Regel habe in einer bloßen positiven Zufälligkeit gelegen. Die römischen Juristen hätten eine Anhänglichkeit an das Positive, an das Gesetz und dessen Buchstaben bewiesen, wie wir sie nicht kennen. In dem Zwölftafelgesetz nun sey bestimmt: wenn Jemand intestatus sterbe, so solle die Erbschaft, in Ermanglung eines suus heres, an den nächsten Agnaten kommen. Da nun derjenige nicht intestatus gestorben sey, welcher, wenn auch nur über einen Theil seines Vermögens, testirt habe, so habe bei buchstäblicher Interpretation des Gesetzes auch die Intestatsucession nicht eintreten können, mithin der unvollständig eingesetzte Testamentserbe Alles erhalten müssen. Daran habe man denn auch unverbrüchlich fest-

51) Thibaut S. 72. 73.

52) Leyser medit. ad Pand. Sp. 361. m. s.

53) S. dagegen besonders Marckart l. l. p. 330—333. — Vrgl. auch Haubold l. l. §. 5.

gehalten, und so sey man dahin gekommen, den Rechtssatz für etwas sehr Natürliches, oder ein Zusammentreffen beider Delationsgründe in Beziehung auf dieselbe Verlassenschaft für einen natürlichen Widerstreit zu erklären [54]). Indessen ist mit Recht gegen diese Erklärung erinnert, daß, wenn die Regel auf einer bloßen Zufälligkeit und nicht zugleich auch auf inneren Gründen beruhe, schwerlich ein römischer Jurist dieselbe als etwas in der Natur der Sache Begründetes dargestellt haben würde, und daß überhaupt eine so rein buchstäbliche Interpretation den röm. Juristen fremd sey, wie ja denn namentlich der Satz der XII. Tafeln: si intestatus *moritur*, durch Interpretation auch auf den Fall bezogen sey, wenn ein Testament erst nach dem Tode des Testirers unwirksam werde [55]).

6) Näher kommen diejenigen der Wahrheit, welche die Regel aus der Form des Mancipationstestaments und aus der Untheilbarkeit oder Einheit der dadurch manzipirten familia ableiten [56]); aber erklärt ist dadurch immer noch nicht der Grund dieser Einheit, und eben so wenig, weshalb diese Untheilbarkeit sich auch auf die Successionsgründe beziehen soll, und nicht eben so gut ein Testaments- und ein Intestaterbe neben einander bestehen

54) Thibaut a. a. O. S. 73—78. Eine ähnliche Erklärung findet sich bei *Fr.* Duarenus de jure accr. Lib. I. c. 2. (opp. p. 1078.)

55) Huschke a. a. O. S. 263 fg.

56) Auch diesen Grund führt Haubold an, l. l. §. 9. Wesentlich stimmt damit überein Wenck in der praef. zu dem ersten Bande von Haubolds opusc. p. XXVIII sq., auch Dernburg a. a. O. S. 311—314.

können, wie zwei Testamentserben[57]). Eine solche Erklärung nun versucht Huschke[58]), dessen Ansicht im Wesentlichen darauf hinausgeht: das Recht einer Person hat zwei Hauptrichtungen, die persönliche Freiheit (caput), und die vermögensrechtliche Freiheit; auf beide beziehen sich die Ausdrücke *jus* und *familia*[59]), und beide gehören zur Person, können daher, so lange der Mensch lebt, auch nicht als getrennt gedacht werden, weshalb denn die Vermögensfreiheit nicht veräußert werden kann, sondern beim Leben des Menschen nur mit der persönlichen Freiheit zugleich (durch capitis diminutio) verloren geht. Stirbt der Mensch, so trennen sich beide Richtungen, und nur die vermögensrechtliche Person bleibt als hereditas auf der Erde zurück; sie bildet nun zwar eine Sache, ohne indessen den Begriff einer Person zu verlieren, denn „hereditas personae vice fungitur"[60]). Aber als Sache ist sie jetzt etwas Theilbares, beim Leben des Erblassers ist sie dies nicht, sondern sie fällt als *familia* mit der persönlichen Freiheit zusammen, kann mithin eben so wenig, wie das persönliche Daseyn

57) Daß übrigens dieser Ansicht, zu welcher sich von jeher achtbare Namen bekannt haben, ein wahrer Gedanke zu Grunde liege, erkennt auch Huschke a. a. O. S. 260 fg. an; wogegen sie in der Inauguraldissert. von Zawitz (freilich nach dem Vorgange Anderer) als eine opinio omnium futilissima (§. 5) bezeichnet wird.

58) a. a. O. S. 271 — 298.

59) L. 195. §. 1. D. *de V. S.* — S. über die Grundbedeutung von *familia* Huschke Studien d. f. t. S. 201 fg. u. S. 247 fg.

60) L. 22. D. *de fidejussor.* (XLVI. 1.) — L. 31. §. 1. D. *h. t.*

selbst getheilt gedacht werden. **Familia** und **hereditas** sind also an sich zwar das nämliche Objekt, allein die **familia** wird erst nach des Erblassers Tode zur **hereditas**, bis dahin ist sie die vermögensrechtliche Person des Erblassers, folglich mit ihm eins und, so wie er selbst, untheilbar. Wenn nun das Gesetz der Person gestattet, über die **familia** bei ihren Lebzeiten, aber auf den Todesfall zu verfügen, so ist (unter der Voraussetzung der Giltigkeit dieser Verfügung) dadurch von selbst die gesetzliche Erbfolge vollständig ausgeschlossen. Darf Jemand über seine eigene Persönlichkeit disponiren, so fällt nothwendig das verfügende Subjekt und das Objekt der Verfügung zusammen, oder (um davon sofort eine Anwendung auf unseren Gegenstand zu machen) auf dieselbe Weise, wie die vermögensrechtliche Person des Erblassers untheilbar ist, muß es auch der verfügende Wille seyn. Hieraus folgt denn von selbst, daß keiner der verschiedenen Delationsgründe eines Erbrechts eine Concurrenz leide, sondern jeder ausschließlich oder gar nicht wirksam sey.

Wenn nun gleich die römischen Juristen die Sache nicht vollständig in diesem Zusammenhange aufgefaßt haben mögen, so ist doch sicher der Grundgedanke richtig bestimmt: die familia, worüber der Testirer verfügt, ist die vermögensrechtliche Seite seiner Person, mithin ist es in sich widersprechend, hierüber verfügen und dennoch die Verfügung auf einzelne Theile oder Objekte beschränken zu wollen [61]); und so erklärt es sich denn ganz ungezwungen, wie Pomponius sagen konnte, es sey nach der Natur der Sache unmöglich, daß testamentarische und Intestaterbfolge concurriren, — ohne damit ausdrücken zu

61) S. oben Bd. XXXVIII. d. Comment. S. 337.

wollen, daß lediglich in der Art des testamentarischen und des gesetzlichen Willens, oder in den verschiedenen Delationsgründen etwas Widersprechendes liege.

Immer aber offenbart sich die innere Nothwendigkeit unserer Regel nur als Consequenz, welche Ausnahmen und Beschränkungen zuläßt. Eine ganz allgemeine Ausnahme gilt hier (wie oben bereits angeführt wurde) für Soldaten, bei deren letztwilligen Verfügungen das Prinzip der Willkühr vorherrschend ist[62]), und nur in den Prohibitivgesetzen, welche die Erbfähigkeit betreffen, einige Beschränkung findet[63]); auch ist diese Willkühr, was die Regel nemo pro parte testatus u. s. w. anbetrifft, unbedingt wirksam, nicht blos für das peculium castrense, wie von Einigen ohne Grund angenommen wird[64]).

62) Vrgl. Gans a. a. O. S. 459 fg. und Huschke a. a. O. S. 326—333.

63) L. 13. §. 2. D. *de test. mil.* (XXIX. 1.)

64) Die Worte der L. 7. D. *de reg. jur.*: „eundem in *paganis*" u. s. w. erklärt schon Accursius durch: in domo et in pago quaesitis, non in militia, ohne indessen davon eine bestimmte Anwendung zu machen. Jac. Gothofredus in seinem Commentar zu dieser Stelle erklärt geradezu, es sey hier überall nichts von einem privilegium personarum s. militum, sondern von einem privilegium rerum die Rede. Wäre dies der Fall, so müßte auch ein non miles über seine bona castrensia so testiren dürfen, womit aber die L. 19. §. 2. D. *de castr. pec.* unvereinbarlich ist. Mit Recht wird daher von Marckart (l. l. p. 329 sq.) u. *Jo. Lud.* Conradi (opusc. Vol. II. p. 203 sq.) dagegen bemerkt: eundem in paganis bedeute grammatisch soviel, als: eundem inter paganos, oder eundem hominem paganum. Auch ergiebt sich

Außerdem gibt es noch einige in beschränkterer Beziehung geltende Ausnahmen, oder vielmehr Modifikationen, der Regel. Zu diesen gehört aber keineswegs das alte Anwachsungsrecht der im Testamente übergangenen Töchter und Enkel [65]), indem diese nicht als Intestaterben betrachtet wurden, sondern den ihnen zufallenden Theil so erhielten, als wären sie auf soviel eingesetzt [66]). Eben so wenig kann man dahin die Fälle rechnen, in welchen von dem, welcher gegen ein Testament erbt, — durch contra tabulas bonorum possessio, durch inofficiosi querela, oder nach der Regel der Nov. 115 — Vermächtnisse zu entrichten sind [67]), indem dergleichen Verminderungen der Erbschaft durch Singularsuccessoren das Wesen der Universalsuccession eigentlich gar nicht berühren. Wohl aber darf man folgende Fälle [68]) hieher ziehen:

aus anderen Stellen (namentlich aus dem §. 5. J. *h. t.* und L. 19. L. *de castr. pec.*) mit Bestimmtheit, daß das zur Frage stehende Privilegium ein rein persönliches der Soldaten ist.

65) Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 17. — S. Bd. 36. d. Comment. S. 339—343.

66) Huschke a. a. O. S. 314—317.

67) Ueber den ersten Fall s. m. den Titel der Digesten: *de legatis praestandis, contra tab. bonorum possessione petita* (XXXVII. 5.) und Bd. XXXVII. d. Comment. S. 21—44. — Ueber die Fälle, wo bei durchgesetzter querela inoff. test. dennoch Vermächtnisse zu zahlen sind, s. L. 17. §. 1. L. 28. D. *de inoff. test.* (V. 2.) und Band XXXV. des Commentars S. 375—390.

68) S. im Allgemeinen über die gewöhnlich hieher gerechneten

1) wenn ein Notherbe eingesetzt, ein Anderer präterirt ist, so kann der erste sich zwar der contra tabulas B. P. des letzteren anschließen, allein nöthig hat er dies nicht, vielmehr besteht sein testamentarisches Erbrecht neben der contra tab. B. P. des präterirten[69]. Nun ist zwar die contra tab. B. P. keine eigentliche B. P. intestati, vielmehr als eine besondere, der secundum tabulas, und intestati B. P. zu coordinirende Successionsart zu betrachten[70]; allein für die Wirkung derselben sind die Grundsätze der Intestatsuccession vorherrschend, und da ganz deutlich anerkannt wird, daß der eingesetzte Notherbe von seinem testamentarischen Erbrecht Gebrauch machen könne, jedenfalls aber alsdann, wenn der Präterirte *filius suus* war, die Intestaterbfolge für denselben eintritt[71], so kommt allerdings (und zwar ohne daß dies gerade als eine Folge der beschränkten Wirkung der res judicata betrachtet werden darf) materiell ein solches Resultat zum Vorschein, wie wenn der Testirer über einen Theil habe verfügen, in Ansehung des anderen es bei der Intestaterbfolge lassen dür-

Fälle Huschke a. a. O. S. 333—364, wo sich auch einige mit dem practischen Rechte in keiner Verbindung mehr stehende finden, welche aber in der obigen Darstellung übergangen sind.

69) L. 14. pr. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4) L. 16. D. *de legat. praest.* u. s. w. — Siehe Bd. 37. d. Comment. S. 32—36.

70) S. Bd. 37. d. Comment. S. 45—52.

71) L. 16. D. *de legat. praest.* — „is quidem, qui in potestate mansit, *quum rem ab intestato habeat*" —.

fen; was übrigens kaum befremden kann bei einem Institut, wo wir eine solche Mischung der Rechte erblicken, wie bei der contra tab. B. P., welche auch neben der reinen Intestaterbfolge vorkommen, ja selbst die Wirkung einer sec. tab. B. P. haben kann, so wie umgekehrt diese, die Wirkung der contra tab. B. P.[72]).

2) Auch die querela inoff. test. wirkt nicht allemal vollständig, sondern hat nicht selten die Folge, daß die Intestaterbfolge nur zum Theil herbeigeführt wird, und in Beziehung auf ein solches Resultat eben sagt Pa=

72) L. 20. pr. D. *de bon. poss. contra tab.* — L. 3. §. 13. *eod.* L. 14. pr. D. *de legat. praest.* — S. Bd. 37. d. Comment. S. 33. — Foerster (de B. P. liberor. praetor. Part. II. §. 143) nimmt (um den Widerspruch zu entfernen) an, daß eine sec. tab. B. P. neben der contra tab. nicht bestehen könne, sondern der s. g. Contratabulant das Ganze erhalten und dem eingesetzten Erben seinen Erbtheil als Fideicommiß habe gewähren müssen. Beachtenswerther ist die Erklärung von Huschke, daß beide Erben, der testamentarische wie der prätorische, als heredes ex asse zu denken seyen, jedoch in Folge des Prozesses, welchen der Eine gegen den Andern anstellt, Jeder sich mit einem Theile begnügen müsse, so daß mithin eine Ausnahme von dem Satze nemo pro parte u. s. w. überall nicht existire (S. 333 — 336). Wie nun aber, wenn der eingesetzte und der präterirte Notherbe gar nicht mit einander streiten, — wenn sie die rechtlichen Bestimmungen so nehmen, wie sie ausgesprochen sind: der Eine bekommt seinen Intestaterbtheil, der Andere erbt das Uebrige auf den Grund der testamentarischen Einsetzung, — wenn sie also hiernach die Erbschaft unter sich theilen? — da darf man unbeschadet der Consequenz das Resultat doch weder auf den Gesichtspunct der res judicata noch eines Vergleichs zurückführen. —

pinian: „nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri“[73]). In der Regel darf nämlich Niemand mehr als seinen Intestaterbtheil mit der Querel fordern, so daß mithin, wenn mehrere Intestaterben vorhanden sind, die Querel an sich für jeden derselben nur partiell ist[74]). Klagt indessen Einer auf das Ganze, ohne daß ihm die Einrede der Pluspetition entgegengesetzt wird, und er setzt die Klage durch, so kommt es in Ansehung des Ganzen zur Intestaterbfolge und sein Sieg nutzt auch den übrigen, gleich Berechtigten[75]); auch accrescirt der Theil Derer, welche verzichtet haben, oder durch Verjährung ausgeschlossen sind, dem Querulanten[76]). Sonst also erhält der Querulant nur seinen Intestaterbtheil und und das Uebrige bleibt bei dem Testamentserben. Diese partielle Natur der Querel nun tritt besonders in folgenden Fällen deutlich hervor: a) wenn ein Notherbe auf

73) L. 15. in f. D. *de inoff. test.*

74) L. 8. §. 8. L. 16. pr. L. 19. D. *de inoff. test.* — Bd. 35. b. Comment. S. 393 fg.

75) Arg. L. 17. pr. D. *de inoff. test.*, wo das Prinzip aufgestellt wird, daß wenn einer von mehreren gleich Berechtigten auf das Ganze klage und die Klage durchsetze, nunmehr auch der nicht querulirende Intestaterbe miterbe und daher der Sieger nicht das Ganze erhalten könne, außer wenn Jener auf sein Recht verzichtet habe; auf einen Fall dieser Art ist aber die Erörterung des Juristen zunächst gerichtet, und dadurch einige Dunkelheit der Darstellung veranlaßt. — Uebrigens kommt sogar der Sieg eines überall nicht Berechtigten den Notherben zu Statten; L. 6. §. 1. D. *de inof. test.* Vrgl. Bd. 35. b. Comment. S. 434.

76) L. 17. pr. L. 23. §. 2. D. *de inoff. test.*

gehörige Weise ausgeschlossen, ein anderer zur Querel berechtigt ist. Hier ist das Testament zum Theil giltig, **partem facit exheredatus**, wie sich Ulpian ausdrückt [77]), d. h. sein Theil ist mit Recht dem Testamentserben zugewiesen, und die Querel darf nur auf die Hälfte gerichtet werden [78]); b) wenn Notherben (gleichviel ob allein, oder mit Dritten) eingesetzt, andere aber ohne Grund ausgeschlossen sind. In diesem Falle erbt der eingesetzte Notherbe aus dem Testamente, und es tritt nur zum Theil die Intestaterbfolge ein, wie ausdrücklich bemerkt wird [79]). — Außerdem kann, auch in dem Falle, wenn nur ein Querulant vorhanden ist, eine theilweise Rescission des Testaments dadurch herbeigeführt werden, daß mehrere Testamentserben eingesetzt sind, vor verschiedenen Richtern belangt werden, die Urtheile aber verschieden ausfallen; und ein Gleiches tritt ein, wenn nur gegen einen geklagt wird [80]).

Schon von älteren Rechtslehrern nun ist behauptet, daß unsere Regel, ihrem eigentlichen Sinne nach, durchaus ohne Ausnahmen bestehe; **ab initio** und **a testa-**

77) L. 8. §. 8. D. *de inoff. test.*

78) L. 8. §. 8. D. *de inoff. test.* — „et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere.“ S. über diese Stelle die weiter unten, zu den Noten 84—90, folgende Ausführung.

79) L. 19. D. *de inoff. test.*

80) L. 15. §. 2. L. 25. §. 1. D. *de inoff. test.* L. 13. C. *eod.* (III. 28.) — Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß dasselbe Resultat auch da eintritt, wo eine gewöhnliche **hereditatis petitio** nur wider einen von mehreren Testamentserben angestellt oder durchgeführt wird. S. Huschke S. 350 fg.

tore ipso könne es nicht geschehen, daß in Beziehung auf die nemliche Erbschaft testamentarische und gesetzliche Delation zusammentreffen, wohl aber könnten sich nach dessen Tode Umstände ereignen, welche ein solches Zusammentreffen herbeiführen[81]). Bestimmter noch spricht dies aus Seuffert, indem er sagt: „Aber auch nur vom Testirer — vom Verhältnisse seiner letztwilligen Disposition zur Verlassenschaft — kann die fragliche Regel verstanden werden. Sie bestimmt: wer ein Testament errichtet, muß durch dasselbe die ganze Verlassenschaft erschöpfen, und so lange dasselbe aufrecht bleibt, kann die Succession nur aus dem Testament deferirt werden. Der Inhalt jener Regel schließt keineswegs jede Concurrenz der Testaments- und der Intestaterbfolge aus, sondern diese Concurrenz darf nur nicht vom Erblasser selbst ausgehen“[82]). Und es ist gewiß nicht zu läugnen, daß auf diese Weise die völlige Ausnahmslosigkeit der Regel dargethan werden kann, nicht nur ihrer buchstäblichen Bedeutung nach (indem sie nur von einem *decedere* pro parte testatum u. s. w.) spricht, sondern auch nach ihrer ganzen Grundlage; denn die Person soll sich selbst (ihre vermögensrechtliche Seite) nicht getheilt übertragen dürfen, was ja auch nicht geschieht, wenn lediglich durch solche Gründe, welche ganz unabhängig sind von dem Willen des Testirers, es bewirkt wird, daß dennoch eine Theilung der (an sich ja theilbaren) *hereditas* nach verschiedenen Delationsgründen erfolgt. Wird nun dies Resultat durch richterliches Erkenntniß herbeigeführt (und dies ist der

81) So namentlich von *Jac.* Gothofredus comment. ad L. 7. D. *de reg. jur.* (opusc. p. 758 sq.)

82) Seuffert a. a. O. S. 218 fg.

Fall bei allen in den Quellen erwähnten Anwendungen, welche sich auf die querela inoff. test. beziehen), so ist es eigentlich eine consequente Folge der beschränkten Natur der res judicata. Der Kläger wird jedesmal völlige Ungiltigkeit des Testaments behaupten müssen, weil er sonst ja auch seinen Intestaterbtheil nicht würde verlangen dürfen, der Beklagte stützt seine Weigerung auf die Giltigkeit des Testaments (nicht blos der ihn betreffenden Anordnung), indem, wenn er nur theilweise Giltigkeit des Testaments behaupten wollte, darin die Erklärung liegen würde, es sey der Testirer pro parte testatus gestorben, und dies würde mit der Regel schlechthin unverträglich seyn. Auf gleiche Weise kann auch der Richter, ohne sich im Widerstreit mit anerkannten Grundregeln des Rechts zu befinden, sich entweder nur für oder gegen die Giltigkeit des Testaments erklären. Allein da der Kläger nur die Herausgabe des Theils verlangen darf, den er als Intestaterbe in Anspruch zu nehmen hat, der Beklagte nur zur Herausgabe des Theils verpflichtet ist, welchen zu besitzen er kein Recht hat: so stellt sich allerdings auch hier materiell das Resultat heraus, als ob der Testirer über einen Theil seines Vermögens giltig habe verfügen, in Ansehung des anderen es bei der Intestaterbfolge lassen dürfe. Zu weit geht indessen Huschke, wenn er annimmt, daß die Vorstellungsweise eines zum Theil nach dem Testamente, zum Theil nach gesetzlichem Rechte Beerbtwerdens den röm. Juristen fremd sey, daß vielmehr, wenn der Querulant auch nur zu einem Theile Intestaterbe ist, in der Regel stets die Intestaterbfolge vollständig eröffnet werde, so daß sein Sieg auch seinen Intestatmiterben nütze, oder, wenn diese aus irgend einem Grunde ausgeschlossen sind,

ihr Theil ihm accrescire. Nur wenn a) von mehreren ausgeschlossenen Notherben der eine gegen den Testamentserben gesiegt, der andere unterlegen habe, seyen durch die beiden res judicatae zwei entgegengesetzte Annahmen ipso jure festgestellt; nach der einen sey die Intestaterbfolge, nach der anderen die testamentarische vollständig begründet, jedoch seyen beide in Hinsicht der theilbaren Erbschaft selbst nur für einen Theil derselben wirksam. Ein gleiches Resultat trete b) alsdann ein, wenn der Kläger nur gegen einen von mehreren Testamentserben klage (oder obsiege); denn da das rescindirende Urtheil niemals weiter greifen könne, als das Recht des Beklagten reicht, so werde auch nur für des Besiegten Erbtheil das Testament umgestoßen. c) In einem Falle endlich müsse der Kläger zwar das Recht des Beklagten aus dem Testamente theilweise anerkennen und gelten lassen, nämlich wenn der eingesetzte Erbe mit dem Kläger gleichberechtigter Notherbe sey; indessen liege auch hierin kein Widerspruch gegen unsere Regel, indem durch das Urtheil nicht etwa erkannt werde, daß der Testirer für den einen Theil giltig testirt habe, für den anderen nicht, sondern das Verhältniß sich eben so gestalte, wie wenn ein Notherbe nur einen von mehreren Testamentserben belange. Für den Kläger gelte durchaus Intestaterbfolge, für den Beklagten eben so die testamentarische; jeder von beiden Erben habe für sich die *familia* in solidum, von der theilbaren hereditas aber nur den ihm zukommenden Theil[83]).

Zuvörderst kann nun nicht zugegeben werden, daß außer den so eben (unter a—c) bezeichneten Fällen stets auch materiell vollständige Intestaterbfolge eintrete, wenn der

83) Huschke a. a. O. S. 340—345.

Querulant mit gleich berechtigten Intestaterben concurrirt, d. h. mit solchen, welche, falls kein Testament in der Mitte läge, neben ihm ab intestato geerbt haben würden. Dies behauptet namentlich Huschke in dem Falle, wenn ein Notherbe giltig ausgeschlossen oder durch Hinterlassung der legitima abgefunden ist; alsdann bleibe der Theil desselben nicht bei dem Testamentserben, sondern der Sieg komme auch dem Ausgeschlossenen zu Statten[84]). Nun können freilich die Worte der L. 8. §. 8. D. *de inoff. test.* (welche hier zunächst in Betracht kommt): „videndum an exheredatus partem faciat"?, (was bejaht wird), so verstanden werden, daß sie auf das Recht des Ausgeschlossenen oder Abgefundenen, seinen Intestaterbtheil zu erhalten, gehen; denn an sich haben sie hier, wie in anderen Fällen, nur den Sinn: verkleinert er den Intestaterbtheil des Querulanten?[85]). Indessen die oben und anderen Orten des Commentars[86]) von der Stelle gegebene Erklärung dürfte doch wohl den Vorzug verdienen. Ulpians Aufgabe ist zu bestimmen: durch wieviel ein Notherbe abgefunden und von der Querel ausgeschlossen werden, und welchen Theil der nicht Ausgeschlossene mit der Querel

84) a. a. O. S. 344—347.

85) S. L. 17. pr. D. *de inoff. test.* — In allen Fällen also, wo das Rechtsmittel gegen den Testamentserben vollständig wirkt, auch wenn nur ein Notherbe klagt (wie dies bei der contra tab. B. P. der Fall ist), bedeutet der Ausdruck: non facit partem (exheredatus) soviel als: der Kläger erhält Alles; s. L. 10. §. 4. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.) u. Bd. 35. d. Comment. S. 395 fg. Not. 12.

86) S. Bd. 35. S. 402 fg. und die das. in der Note 26 enthaltenen Verweisungen.

fordern könne? Die Antwort ist: durch Zuwendung des Pflichttheils wird die Querel ausgeschlossen, die nicht also Abgefundenen (oder gehörig Ausgeschlossenen) fordern ihren Intestaterbtheil. Schon nach logischen Voraussetzungen muß man daher auf das hier vertheidigte Resultat kommen; denn, ist der Eine von seinem Rechte ausgeschlossen, der Andere nur seinen Intestaterbtheil zu fordern berechtigt, so folgt wohl von selbst, daß der (nach Abzug der Legate noch übrig bleibende) Intestaterbtheil des Abgefundenen dem Testamentserben zu Gute kommt. Es ergiebt sich dies aber auch in Folge einer consequenten Anwendung des Grundsatzes: **res judicata non facit jus, nisi inter partes.** Denn wenngleich in der Regel der Kläger davon ausgehen muß, daß das Testament überall nicht gelten könne, der Richter auch ohne diese nämliche Ansicht nicht für ihn würde entscheiden dürfen, so ist doch nur der Theil, den der Querulant eigentlich zu fordern berechtigt ist, Gegenstand des Prozesses geworden (in judicium deducta), das Urtheil kann daher über diesen hinaus auch seine Wirkung nicht erstrecken [87]). Zwar giebt es Fälle, in welchen die Klage eines von mehreren Intestaterben das Testament vollständig rescindirt und der Sieg desselben auch Anderen zu Statten kommt (s. oben Note 75). Allein wollte man daraus eine Regel bilden und sagen: also rescindirt die quer. inoff. stets das Testament vollständig, auch wenn der Querulant nur den ihm gebührenden Intestaterbtheil fordert, so würde man auch daraus, daß selbst die Klage eines gar nicht Berechtigten diese Wirkung haben kann [88]) die Regel ableiten dürfen,

87) S. *Ulr.* Huber prael. ad Pand. Tit. de inoff. test. Nr. 9. und dessen Eunomia Rom. p. 248. Nr. 3.

88) L. 6. §. 1. D. *de inoff. test.*

daß überhaupt, so oft ein Unbefugter in eignem Namen klage, die Sache wirksam und zwar für den eigentlich Berechtigten ins Judizium deduzirt werde, insoweit die Entscheidung für den Kläger ausgefallen sey! Da dies aber nach den bekanntesten Prozeßgrundsätzen nicht angeht, so wird man die so eben erwähnten Rechtsbestimmungen nur als Ausnahmen, als singuläre Vorschriften, ansehen dürfen, welche die Regel: jeder von Mehreren darf nur seinen Intestaterbtheil einklagen und über ein Mehreres erstreckt sich auch die Wirkung des richterlichen Erkenntnisses nicht, zwar modifiziren, nicht aber zerstören[89]). Es haben aber auch überhaupt die Alten sich

89) Diesem Grundsatz gemäß entscheidet Papinian auch ausdrücklich den Fall, wenn von zweien Notherben nur der eine auf seinen Theil klagt, oder seine Klage durchsetzt, der andere aber nicht klagt, oder doch die Klage nicht durchsetzt. Beide Fälle behandelt der Jurist also ganz gleich, indem er entscheidet: daß alsdann der zweite bei der Intestatsuccession nicht concurrire. — Es dürfte nicht undienlich seyn, bei dieser Gelegenheit an gewisse, mit dem oben vorgetragenen Satze in Verbindung stehende Verschiedenheiten der gegen ein Testament (wenigstens der Theorie nach) möglichen Impugnativmittel zu erinnern. — Da, wo nur die contra tab. B. P. möglich war (also wegen Uebergehung eines prätorischen Notherben), wirkte das Rechtsmittel wider den Testamentserben in der Regel (s. oben Not. 72) vollständig, aber da nicht eigentliche Intestaterbfolge dadurch herbeigeführt wurde, so erhielt der Contratabulant Alles (vergl. L. 10. §. 4.-5. L. 12. pr. L. 20. pr. D. *de B. P. contra tab.*), was man freilich auf ein gesetzliches Accrescenzrecht zu gründen suchte (L. 12. pr. cit. L. un. C. *quando non petentium partes petentibus accrescunt.* VI. 10.). Anders verhält es sich, wenn durch Präterition

die Sache nicht so gedacht, wie von Huschke angenommen wird, nämlich daß in den Fällen, wo das Testament zum Theil giltig bleibt, nach der einen Seite zu völlige Giltigkeit des Testaments, nach der anderen vollständiger Eintritt der Intestaterbfolge angenommen werde; sie sagen vielmehr geradezu: es tritt für den einen Theil die

eines filius suus das Testament ipso jure als gar nicht existirend betrachtet wurde, mithin für alle gleich berechtigte Intestaterben die Intestaterbfolge eröffnet war, — oder wie die Neueren sagen — wenn das Testament durch die s. g. querela nullitatis ex jure antiquo angefochten werden konnte, in welchem Falle denn auch der gehörig Enterbte mit concurrirte (L. ult. D. *de lib. et post.* XXVIII. 2. L. 1. §. fin. D. *si tab. test. nullae extab.* XXXVIII. 6. Vrgl. Bd. 35. d. Comment. S. 394 fg. Not. 11.) Von beiden Wirkungen gleichweit entfernt sich ein als inofficiosum zu rescindirendes Testament: es wird durch die Rescission zwar die Intestaterbfolge herbeigeführt, allein erstlich tritt diese nicht ipso jure ein, sondern es bedarf hierüber eines richterlichen Ausspruchs, sodann tritt vielfältig nur für einen Theil Intestaterbfolge ein. Fragt man nun, wie es zu halten sey, wenn bei der Concurrenz mehrerer gleichberechtigter Intestaterben der Testirer gegen die Nov. 115 gefehlt hat? (wenn also die s. g. quer. nullit. ex jure novo begründet ist), so hängt in Ansehung der hier zur Frage stehenden Wirkung Alles davon ab, ob man sich für das Inoffiziositäts- oder für das Nullitäts-System erklärt. Nimmt man Letzteres an (wie dies an einem anderen Orte ausführlich vertheidigt ist, Bd. 37. d. Comment. S. 245 fg.), so muß nicht nur der Sieg des Einen allen übrigen nutzen, sondern es bedarf überall nicht einmal einer gerichtlichen Entscheidung zur Vermittlung des Eintritts der Intestaterbfolge, indem dieser Erfolg bereits durch das Gesetz bestimmt ist. S. Bd. 37. d. Comment. S. 271—282.

testamentarische, für den andern die Intestaterbfolge ein. Selbst da drücken sie sich so aus, wo sich die Huschkesche Vorstellungsweise noch am ersten anwenden läßt, wenn nämlich zwei verschiedene Urtheile erfolgen, deren eines sich für, das andere gegen das Testament entscheidet. Von einem solchen Falle heißt es bei Papinian: „credimus eum (qui queritur) *legitimum heredem pro parte esse factum*, et ideo *pars hereditatis in testamento remansit*," wobei er denn hinzufügt: „nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri" [90]). Vollends aber alsdann, wenn in demselben Erkenntnisse theils für die Intestaterbfolge, theils für die Giltigkeit der testamentarischen Disposition gesprochen wird, ist die Annahme in sich widersprechend, daß das Testament nach der einen Richtung vollständig anerkannt, nach der anderen vollständig aufgehoben werde. Huschke selbst macht auf diesen Widerspruch aufmerksam, will ihn indessen nur als einen scheinbaren gelten lassen [91]). Die röm. Juristen sagen aber auch hier ganz unumwunden: „non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata (testatrix) efficitur" [92]).

§. 1441.

Wirkungen der Regel (*nemo pro parte testatus* u. s. w.) und heutiger Gebrauch derselben.

Auf der Regel: nemo pro parte testatus u. s. w. und ihrem Grunde beruht das jus accrescendi der durch

90) L. 15. §. 2. D. *de inoff. test.* S. auch L. 25. §. 1. *eod.*

91) a. a. O. S. 347—355.

92) L. 19. D. *de inoff. test.*

den nämlichen Delationsgrund zur Erbschaft Berufenen (§. 1498); ferner folgt daraus, daß auch der nur auf einen Theil oder auf eine Sache eingesetzte alleinige Erbe das Ganze erhalte[93]). Indessen ist davon an und für sich noch der Fall verschieden, wenn der Testirer ausdrücklich erklärt, daß sein Erbe schlechterdings nicht mehr als den genannten Theil haben solle, ohne des Uebrigen halber eine Verfügung zu treffen. Denn hier ist ein Zweifel über die Willensmeinung des Testirers durchaus unmöglich, wie er doch immer noch vorhanden ist, wenn ohne eine solche Erklärung der Erbe nur auf einen Theil eingesetzt wird. Nach allgemeinen Grundsätzen, welche zunächst allemal den deutlich ausgesprochenen Willen des Disponenten berücksichtigt wissen wollen[94]), wird man hier so argumentiren müssen: es steht fest, daß der Testirer von dem Theil, worüber er nicht disponirt hat, den Erben ausschließen wollte. Da nun aber dies Resultat nach der Regel **nemo pro parte testatus** u. s. w. unmöglich ist, so kann die Verfügung gar keine Wirkung haben, mithin tritt Intestaterbfolge ein. Dagegen darf man sich auch nicht darauf berufen, daß, wenn ein Erbe in dem nämlichen Testamente eingesetzt und enterbt ist, die Enterbung ungiltig ist, die Einsetzung besteht[95]).

93) §. 5. J. *h. t.* L. 1. §. 4. D. *eod.* („Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio *detracta fundi mentione*"). L. 41. in f. D. *de vulg. et pup. subst.* XXVIII. 6. („— qui certae rei heres instituitur, *coherede non dato*, bonorum omnium hereditatem obtinet").

94) L. 25. §. 1. L. 69. D. *de legat.* III.

95) L. 21. D. *de liber. et postum.* L. 17. §. 2. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.)

Denn hier greift die auf besonderen Gründen beruhende Rechtsregel ein: Enterbungen sind nicht begünstigt[96]), in Folge deren denn der Grundsatz aufkam: **sola exheredatione hereditas (eodem testamento data) adimi non potest**[97]). Auch die Analogie des Rechtssatzes, daß unmögliche Bedingungen für nicht geschrieben zu halten seyen (worauf man sich hier wohl bezogen hat), dürfte eben so wenig passend seyn, indem ein an sich rechtlicher und bei vorsichtiger Fassung der Disposition sehr gut zu realisirender Wille, dessen Ausführung nur die juristische Consequenz nicht gestattet, nicht füglich einer unmöglichen Bedingung verglichen werden darf, sondern viel eher dem Mangel eines formellen Erfordernisses, dessen Nichtbeobachtung Ungiltigkeit der Verfügung zur Folge hat. Eher läßt sich eine Stelle des Licinius Rufinus[98]) hieher ziehen, welche in der Florentinischen Handschrift so lautet: „**Si ita quis heres institutus fuerit:** ***excepto fundo, excepto usufructu heres esto***; **perinde erit jure civili, atque si** ***sine ea re*** **heres institutus esset**[99]), **idque auctoritate Galli Aquilii factum est.** — Einige wollen statt *excepto* lesen: **ex certo fundo, ex certo**

96) **Exheredationes non sunt adjuvandae; L. 19. in f. D.** ***de liber. et postum.***

97) S. Bd. 36. d. Comment. S. 394—413.

98) **L. 74. D.** ***h. t.***

99) d. h. als wenn die beschränkende Bestimmung gar nicht erwähnt wäre, oder (wenn man lies't ex *certo* fundo): als wenn eine bestimmte Sache gar nicht genannt wäre. **Pothier Pand. Justin. Tit. de her. inst. Nr. 36. ad h. l. not. 1.**

usufructu[100]), und dazu würden denn die Worte: atque si *sine ea re* noch besser passen, als zu der gewöhnlichen Lesart. Indessen auch nach dieser ergiebt die Stelle wesentlich keinen andern Sinn, wie die oben (in der Note 93) angeführten. Es ist wohl so ziemlich dasselbe, ob der Erbe auf bestimmte Theile oder Sachen eingesetzt, oder ob er auf das Ganze, mit Ausschluß gewisser Theile oder Rechte eingesetzt ist. In beiden Fällen würde bei Anwendung gewöhnlicher Interpretationsregeln sich das Resultat ergeben: der Testirer wolle den Erben auf dasjenige beschränken, was er ihm ausdrücklich zugewandt, oder was er nicht ausgenommen hat, und im Uebrigen Intestaterbfolge eintreten lassen. Aber auch in dem zweiten Falle ergiebt sich dies Resultat nur durch Schlußfolgerungen, indem ja die Auslegung möglich ist, daß der Testator über das Ausgenommene eine Singularsuccession habe eintreten lassen wollen. Da nun weder gesagt werden kann, daß durch Anordnung einer solchen Succession der Erbe von einem Theile der Erbschaft ausgeschlossen werde, noch die Unterlassung derselben, wenn sie gleich beabsichtigt wurde, Nichtigkeit der Verfügung zur Folge hat[1]), so muß hier die Regel eintreten: daß im Zweifel allemal für Giltigkeit und Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, besonders aber einer letztwilligen Verfügung zu entscheiden sey, woraus denn von selbst folgt, daß der Erbe dennoch Alles erhalte[2]). Allein daß auch gegen

100) So insbesondere *H.* Donellus in comment. jur. civ. Lib. VI. c. 18. §. 18.

1) Es tritt alsdann die Regel ein: utile non vitiatur per inutile; s. Bd. 38. d. Comment. S. 413 fg.

2) Unbedenklich erschien es freilich nicht, ob so zu entscheiden

den unzweifelhaft erklärten Willen des Testirers dasselbe Resultat eintreten müsse, — daß mithin die beschränkende Bestimmung allemal als gar nicht vorhanden anzusehen sey, — dies folgt weder aus den dafür angeführten Belegen, noch aus allgemeinen Auslegungsregeln, so gewöhnlich es freilich behauptet wird[3]).

sey, oder für Ungiltigkeit der ganzen testamentarischen Verfügung, und darum bedürfte es erst einer Doctrinalauctorität, um jenes festzustellen; schwerlich aber ist zu glauben, daß der in der L. 74. *h. t.* entschiedene Fall den Alten zweifelhaft erschienen sey, wie wenn der Erbe geradezu nur auf einen Theil oder eine Sache eingesetzt ist. — Eine eigenthümliche Ansicht hat *Detl.* Langebek, in leges aliquot perdifficiles annot. c. 5. (bei Otto im thesaur. T. I. p. 550.) Er meint, daß die ausgenommenen Sachen oder Rechte durch stillschweigendes Fideicommiß den Intestaterben zugewandt seyen. (Auch Glück in dem neunten Bande d. Comment. S. 183 fg. tritt dieser Erklärung bei.) Allein dies ist ganz unmöglich, wenn nicht wenigstens mit Bestimmtheit auf diejenigen hingewiesen ist, zu deren Besten das Fideicommiß gelten soll; s. mein Lehrb. des Pand. R. §. 730. — Uebrigens verstand es sich von selbst, seitdem jener Satz anerkannt war, daß ein Testament, worin ein Erbe in re certa eingesetzt war, ein früheres vollständig aufhob. Erklärte indessen der Testirer dieses für giltig, so soll nach einem Rescripte der Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla, der in re certa eingesetzte Erbe das Uebrige dem früheren Erben als Fideicommiß restituiren. L. 29. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.) S. hierüber *Greg.* Majansius ad triginta ICtor. Fragm. Tom. II. p. 106 sq. und Bd. 38. d. Comment. S. 471 fg. (Nr. 1.)

3) S. *Greg.* Majansius ad trig. ICtor. Fragm. T. II. p. 105 sq. (welcher jede beschränkende Erklärung dieser Art

Nach den obigen Prämissen versteht es sich auch von selbst, daß, wenn der Erbe nur auf den Niesbrauch eingesetzt ist, ohne daß aus dem Testamente erhellt, wer die Substanz des Vermögens erhalten solle, der Erbe das Vermögen vollständig bekomme [4]).

Es sind indessen folgende Fälle noch besonders zu erwägen:

1) Wenn von mehreren Erben einer oder einige auf bestimmte Sachen oder Quantitäten beschränkt sind. — Ueber diesen Fall herrschte unter den röm. Juristen ein Streit, welchen Justinian auf folgende Art entschied [5]): „**Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, *quos legatariorum loco haberi certum est*; alii vero ex certa parte, vel sine parte; qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur: eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti, vel conveniri decernimus qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.**“ — Nach Mancher Meinung nun soll Justinian entschieden haben, daß die auf eine bestimmte Sache oder Quantität neben Anderen Eingesetzten in allem Betracht als Legatarien anzusehen seyen [6]). Dann

für einen unzulässigen, mithin für nicht geschrieben zu achtenden Modus erklärt, woneben die Erbeinsetzung vollständig bestehe). Huschke a. a. O. S. 302 fg.

4) S. unten S. 183 fg. Nr. 3.

5) L. 13. C. *h. t.* (VI. 24.)

6) Glossa Accursii *ex certis* ad L. 29. D. *ad Sct.*

würden also die ohne Theile, oder auf Erbquoten Eingesetzten die alleinigen Erben seyn, und das Recht der auf gewisse Sachen Eingesetzten würde, wie das aller Legatarien, davon abhängen, daß Jene auch wirklich Erben werden; auch hätten sie weder auf Klagen Anspruch zu machen, welche nur den Erben zustehen, noch auf das jus accrescendi. Diese Ansicht stützt sich nun hauptsächlich auf die Worte: quos legatariorum loco haberi certum est. Indessen ist vor allen Dingen soviel gewiß, daß Justinian dies durch seine Entscheidung nicht erst habe feststellen wollen. Denn einmal durfte er alsdann nicht sagen: es stehe entschieden fest (certum est); sodann ergiebt der periodische Zusammenhang deutlich genug, daß jene Worte mit zu den Vordersätzen gehören, die eigentliche Entscheidung aber erst mit den Worten: eos tantummodo — — decernimus beginne. So wenig bestimmt nun auch diese Entscheidung ist, so wird doch durch mehrere Ausdrücke (eos tantummodo *omnibus hereditariis actionibus* uti — — und *earundem actionum occasione*) darauf hingedeutet, daß den in re certa Eingesetzten nicht gerade in aller und jeder Beziehung die Erbenqualität abgesprochen seyn solle.

Treb. (XXXVI. 1.) und ad L. 13. C. *h. t.* *Ant.* Faber error. Pragmaticor. Decade XIII. Err. 5. — *Jo.* Brunnemann comment. ad L. 13. C. *h. t.* — Auch Glück billigte früher diese Ansicht; Band IX. des Comment. S. 187. Not. 33. In der Folge hat er sich der Meinung angeschlossen, daß dem heres ex re certa institutus die Erbenqualität nicht abzusprechen sey, und daraus denn auch gefolgert, daß er nicht als Zeuge bei dem Testamente zugezogen werden dürfe; Bd. 34. d. Comment. S. 360 fg.

Auch ist von jeher die gemeine Meinung dahin gegangen, daß dieselben nur in besonderen Beziehungen als Vermächtnißnehmer zu betrachten seyen, im Uebrigen aber als Erben. Ueber die Frage aber: in welcher Beziehung gilt der auf eine bestimmte Sache Eingesetzte nur als Legatar? herrschte wiederum kein Einverständniß. Bis auf Berger oder Leyser[7]) nahm man gewöhnlich an: er ist in Ansehung des bestimmten Objects selbst nur Legatar, sonst aber Erbe[8]). Leyser dagegen sagt: er ist in seinem Verhältnisse zu den Miterben nur Legatar (hat also z. B. so lange nur noch Einer von diesen existirt, kein jus accrescendi), in jedem andern Betracht aber (also namentlich auch in Beziehung auf das Recht, die ihm zugewandte bestimmte Sache von Drit-

7) Leyser hatte seine Dissertation de herede in re certa instituto ad L. 13. D. de heredib. unter Bergers Vorsitz (Vitemb. 1709.) vertheidigt, in dessen Philocaliis fori q. 49 sq. sie sich auch abgedruckt findet, mit einigen Abänderungen und Zusätzen aber in des Ersten medit. ad Pand. Spec. 361.

8) Diese Ansicht wird insonderheit von Bartolus, Baldus und Jo. Sichardus (praelect. in Cod.) ad h. l. vertheidigt, denen die Meisten folgen. — Mehr schließen sich der ersten Meinung an: a) *H.* Donellus, welcher sie in seinen comment. jur. civil. Lib. VI. c. VI. c. 18. §. 20 sq. ohne Modification vorträgt, in seinem Comment. zu L. 13. C. *h. t.* Nr. 8. 9. aber annimmt, daß er Erbe sey, wenn die neben ihm Eingesetzten sämmtlich wegfallen, dann aber deren Theile nicht jure accrescendi erhalte, sondern, wie wenn er gleich Anfangs allein ex re certa eingesetzt sey (in comment. ad quosdam libr. Cod. Frf. 1599. p. 390.); b) Bachovius ad §. 5. J. *h. t.* Nr. 11.

ten mit der hereditatis petitio zu fordern) ist er wahrer Erbe [9]). Darin also kommen beide Ansichten jedenfalls überein, daß der in re certa neben Anderen Eingesetzte kein bloßer Legatar sey, und diese Meinung hat denn, außer den dafür bereits angeführten Gründen, auch noch Folgendes für sich: erstlich, es ist als Regel anerkannt, daß der auf eine einzelne Sache Eingesetzte nichtsdestoweniger eigentlicher Erbe ist; nun liegt allerdings darin, daß Andere neben ihm auf gewöhnliche Art eingesetzt sind, ein hinreichender Grund, um sein Rechtsverhältniß dem der Uebrigen nicht ganz gleich zu stellen; weshalb aber deshalb der als Erbe Eingesetzte überhaupt aufhören sollte Erbe zu seyn, ist in der That nicht abzusehen. Es ist überdies ausdrücklich anerkannt, daß es für Notherben als wahre Einsetzung gelte, wenn sie Erben genannt, ihnen aber statt des Erbtheils gewisse Sachen überwiesen seyen, wogegen es nicht genügen soll, daß ihnen, ohne Erbeinsetzung, der Pflichttheil durch Schenkung oder Fideicommiß zugewandt werde [10]). Wer möchte aber wohl glauben, dies sey ein besonderes Recht für Notherben, deren Ausschließung von der Intestaterbfolge doch wahrlich nicht begünstigt ist! Hinzu kommt endlich noch folgender Grund: Ein in dem Gregorianischen Codex uns erhaltenes Rescript des Kaisers Gordian (aus dem Jahre 243) enthält nämlich folgende Aeußerung: „Ex re certa heredem institutum sic haberi, ac si sine ejus rei commemoratione heres institutus fuisset; sane officio judicis familiae herciscundae convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam alioqui esset habiturus,

9) Leyser med. ad Pand. Sp. 361. m. 9. in f. et sqq.

10) Nov. 115. C. 5. pr. vrgl. mit c. 3. pr.

ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit"[11]). Aus der Erwähnung des Theilungsrichters erhellt mit Bestimmtheit, daß der heres ex re certa institutus neben Anderen eingesetzt war; dennoch aber spricht der Kaiser ihm ausdrücklich Erbenqualität zu und läßt ihn an dem judicium fam. erc. Theil nehmen. Hätte Justinian dies ändern wollen, so würde er sich ganz anders ausgedrückt haben; so durfte er nicht sagen: certum est eos legatariorum loco haberi. Wir dürfen also hierin wohl eine unverwerfliche Bestätigung der gemeinen Meinung erblicken.

Mit der Zulassung des auf eine gewisse Sache eingesetzten Erben zum judicium fam. ercisc. ist indessen die Leyser'sche Theorie nicht wohl zu vereinigen, daß derselbe in seinem Verhältnisse zu den Miterben nur als Legatarius gelte. Und hauptsächlich dies Argument benutzt Hennemann[12]), um seine Theorie zu begründen, welche im Wesentlichen darauf hinausgeht: der heres in re certa ist in aller Beziehung wahrer Erbe, außer daß

11) L. 1. Greg. Cod. *de fam. erc. et comuni div.* (bei Schulting in der jurispr. vit. antejust. L. III. T. 5, in der Bonner Ausg. des corp. jur. Rom. antejust. Tit. 6.) — Eine hieher gehörige Aeußerung findet sich auch bei Ulpian in der L. 39. pr. D. *h. t.* „— ita, ut officio judicis fam. erciscundae cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi."

12) Untersuchung zweier verwandter Rechtsfragen: 1) Ob ein in gewisser Sache eingesetzter Erbe neben einem ohne gleiche Beschränkung eingesetzten als Legatarius anzusehen sey? — Schwer. 1790. S. 8 fg.

er seinen Erbtheil nur in gewissen Sachen erhält. Die Worte quos legatariarum loco haberi certum est gehen, nach Hennemann, nur auf den unmittelbar voraufgegangenen Satz: vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, wobei Justinian nur an die Notherben gedacht habe, denen vor der Nov. 115 der Pflichttheil durch bloßes Legat habe zugewandt werden können, ohne daß eine Erbeinsetzung derselben erforderlich gewesen sey; blos von diesen sey es gewiß gewesen, daß sie als Legatarien zu betrachten seyen, von ihnen allein habe also der Kaiser sagen können: quos — — certum est. Streitig sey nur das gewesen: ob ein in re certa Eingesetzter in Concurrenz mit seinen Miterben die Erbschaftsklagen mit anstellen, oder neben denselben belangt werden könne, — ob also, wenn der ohne Beschränkung Eingesetzte klage, ihm die Einrede der mehreren Litisconsorten entgegengesetzt werden, und ob er, wenn er als Erbe belangt werde, eben diese Einrede vorbringen könne? Selbst in Ansehung der Notherben, welchen statt der ihnen gebührenden Einsetzung der Pflichttheil durch Legat zugewiesen war, habe dies streitig seyn können, indem diese Zuwendung doch immer nur als Surrogat der Erbeinsetzung zu betrachten sey. Der Kaiser habe nun entschieden, daß die unbeschränkt eingesetzten Miterben allein klagen könnten, und allein belangt werden müßten, gerade wie in dem Falle, wo der Richter in dem jud. fam. ercisc. einem Erben die Forderungen und Schulden assignirt habe [13]).

13) Hennemann a. a. O. S. 16—29. — Daß der Theilungsrichter, oder eine Vereinbarung der Miterben, ganz dasselbe Verhältniß bewirken könne, welches Justinian für

Daß nun der eigentliche Gegenstand und Inhalt der Entscheidung Justinians von Hennemann richtig bestimmt worden sey, muß man allerdings zugeben. Im Uebrigen aber drängen sich gegen diese Erklärung sehr erhebliche Zweifel auf. Zuvörderst ist es höchst gesucht, die Worte: **vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt** auf das Recht der Notherben zu beziehen; es ist aber auch die Voraussetzung durchaus unrichtig, daß zur Ausschließung aller und jeder Notherben die Zuwendung des Pflichttheils mittelst Legats genügt habe. Vielmehr mußten schon nach dem Pandektenrecht die Söhne förmlich enterbt oder eingesetzt werden; war dies geschehen, so genügte es zur Ausschließung der **querela inofficiosi testamenti**, ihnen den Pflichttheil mittelst Legats zuzuwenden. Die Nov. 115 hat hierin auch nichts wesentliches geändert, sondern sie bestimmt nur, daß Descendenten und Ascendenten entweder gehörig ausgeschlossen oder eingesetzt werden müssen, die bloße Zuwendung des Pflichttheils durch Legat auch bei Keinem dieser Notherben mehr zuläßig sey, übrigens aber die Einsetzung **in re certa** geschehen könne[14]).

Hiernach bleibt denn nichts übrig, als die Eingangsworte der Constitution so zu verstehen: es sey ausgemächt, daß die Erben, welche entweder geradezu auf eine gewisse

den **heres ex re certa** hier feststellt, ist nicht richtig. Hennemann beruft sich auf die L. 3. D. *fam. erc.* (X. 2.), hat aber übersehen, daß am Schlusse der Stelle ausdrücklich bemerkt wird: eine solche Zutheilung hindere die Erbschaftsgläubiger nicht, jeden Miterben nach der Größe seines Erbantheils in Anspruch zu nehmen.

14) S. Bd. 35. d. Comment. §. 1421. d. Nr. 1. S. 315 fg. Bd. 36. S. 352 fg. Bd. 37. S. 189 fg.

Sache eingesetzt seyen, oder in Ansehung deren der Testirer geordnet habe, sie sollten statt ihres Erbtheils sich mit bestimmten Objecten begnügen, als Legatarien betrachtet werden müßten. Ob dies in der That so feststand, wie der Kaiser annimmt, oder ob es ihm nur so erschien, mag immerhin auf sich beruhen bleiben. Gewiß aber ist, daß er damit nicht sagen wollte: sie sind in aller Hinsicht als Legatarien anzusehen, also der Umstand, daß sie als Erben bezeichnet sind, kommt gar nicht in Betracht. Auch der Prälegatar ist Erbe und Legatar zugleich; Letzteres freilich nur, sofern er das prälegirte Object von seinen Miterben erhält [16]), in unserem Falle aber erhält er Alles von denselben. Indessen begründet dies keinen wesentlichen Unterschied, da die Erbeneigenschaft an sich unabhängig ist davon: was, wieviel und ob überhaupt etwas aus dem Vermögen an den Erben kommt [16]). In ähnlicher Art also, wie der Prälegatar, ist der heres ex re certa zugleich Erbe und Vermächtnißnehmer, und wenn er gleich die ihm zugewiesenen Sachen als Singularsuccessor erhält, so nimmt er doch als Erbe an dem judicium familiae ercisc. Theil, genau so, wie auch der Prälegatar sein Recht auf das Vermächtniß durch die actio fam. erc. geltend machen kann [17]).

Halten wir nun diesen Gesichtspunct fest, so ergeben sich daraus nachstehende Folgesätze: Damit ein sol-

15) L. 75. §. 1. D. *de leg.* II. — S. auch mein Lehrb. des Pand.R. §. 735. d. 2. Aufl.

16) L. 50. pr. D. *de her. pet.* (V. 3.) L. 208. *de verb. sign.* — Vergl. L. 24. *eod.* und L. 62. D. *de reg. jur.* —

17) L. 17. §. 2. D. *de legat.* I.

cher Erbe sein Recht auf seine Erben transmittire, bedarf es nicht der Erbschaftsantretung [18]), und überhaupt ist zum Erwerb des Rechts nichts Anderes erforderlich, als zu dem eines Legats [19]). Auch haftet er nicht für die Schulden des Erblassers [20]). Dagegen muß er sich den Abzug der Falcidischen Quart gefallen lassen [21]), und das

18) Arg. L. 75. §. 1. D. *de leg.* II.

19) Leyser med. ad Pand. Sp. 361. m. 24., wo sich übrigens die falsche Ansicht findet, daß der Erwerb des Rechts selbst schon mit dem Tode des Testirers eintrete, da er vielmehr erst von Zeit des Erbschaftserwerbs eintritt. S. mein Lehrb. des Pand.R. §. 743. Not. 1. b. 2. A. — Auch darin verkennt Leyser die wahre Natur des hier zur Frage stehenden Rechtsverhältnisses, daß er annimmt, der heres ex re certa fordere das ihm Gebührende mit der actio personalis ex testamento; ibid. med. 23., da ihm gegen seine Miterben vielmehr die fam. erc. actio zusteht. Daß er aber gegen Dritte die Vindication hat, und außerdem wider seinen Miterben die jedem Legatar zustehende gesetzliche Hypothek, ist nach den obigen Vordersätzen nicht zu bezweifeln.

20) Arg. L. 1. D. *si certum petatur* (IV. 2.). — *H.* Donellus in comment. ad L. 13. C. *h. t.* Nr. 7. — Ein Anderes ist es, wenn alle seine Miterben wegfallen, und er nun alleiniger Erbe wird.

21) S. Leyser h. l. med. 22. — Das Gegentheil behauptet Hennemann a. a. O. S. 32. Nr. 4., wie er dies freilich nach seinem Prinzip: der heres ex re certa ist auch in Ansehung dieser Sache wahrer Erbe, nicht anders konnte. Indessen auch Andere, welche ihn in dieser Hinsicht für einen Legatar halten, sind derselben Meinung. So namentlich Glück Bd. 34. d. Comment. S. 361. mit Beziehung auf eine Diss. von *Jul.* Volkmann de heredib. e re certa scriptis (Lips. 1827.) §. 12., welche ich

jus accrescendi kommt ihm erst zu Statten, wenn alle ohne Beschränkung eingesetzten Miterben weggefallen sind [22]), so wie er überhaupt in der Concurrenz mit jenen von allen eigentlich erbschaftlichen Rechten, außer der Theilnahme an dem jud. fam. erciscundae ausgeschlossen ist [23]).

nicht habe erhalten können. Ferner Schweppe oder Meier in der vierten Ausg. des röm. Privatrechts. Bd. 5. §. 810. Not. 7. — Geht man indessen einmal davon aus, daß das Recht des Erben an der ihm zugewiesenen bestimmten Sache nur das eines Legatars ist, so erfordert es doch wohl die Consequenz, ihn dem Abzug der Falcidischen Quart zu unterwerfen.

22) Leyser sp. cit med. 12. 13. 20. — Vrgl. *H.* Donellus ad h. l. nr. 9. (s. oben Not. 7.) — Hennemann läßt für ihn das jus accrescendi schon eintreten, auch wenn nur Einer von mehreren unbeschränkt Eingesetzten wegfällt; a. a. O. S. 31 fg. Nr. 3. Allein dies ist schon darum für unzuläßig zu halten, weil eine bestimmte Sache keine Erbquote, keine arithmetische Größe ist, mithin auch nicht zum Maaßstab für das Anwachsungsrecht benutzt werden kann; s. Braun's Erört. des röm. R. zu Thibaut S. 613.

23) Wenn wir gleich in vielen der vorhergehenden Punkte mit Leyser übereinstimmen konnten, so führt doch seine Ansicht: nur in Beziehung auf seine Miterben ist der heres ex re certa Legatar, zu Resultaten, welche schwerlich für richtig gehalten werden dürfen. Dahin gehört: daß ein solcher Erbe seine bestimmte Sache auch von Dritten mit der hereditatis petitio fordern könne (m. 19.), ferner, daß er die Falcidia abziehen dürfe, wenn er mit Vermächtnissen beschwert ist (m. 17.). Erhält er das Object selbst nur als Legat, so sind die ihm auferlegten Legate bloße Aftervermächtnisse, wovon die Quarte nicht abgezogen wer-

2) Sind Alle auf bestimmte Sachen oder Quantitäten eingesetzt, so erhält Jeder das ihm Angewiesene als Vorvermächtniß, im Uebrigen theilen sie die Erbschaft zu gleichen Theilen, da die bestimmten Sachen nicht als Erbquoten betrachtet werden können[24]. Dies gilt sogar auch für den Fall, wenn der Testirer sämmtlichen Erben nur eine Sache, Jedem aber verschiedene Theile an derselben überwiesen hat, außer daß hier noch der Beweis nachgelassen wird, daß die genannten Theile an der Sache

den darf; L. 47. §. 1. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.) Die L. 10. C. *fam. erc.* (III. 36), worauf Leyser sich beruft, spricht von dem Falle, wenn allen Erben ihr Erbtheil in bestimmten Objecten vom Erblasser angewiesen ist.

24) L. 35. pr. u. §. 1. D. *h. t.* L. 78. pr. *h. t.* — Also auf den Werth der zugewiesenen Sachen kommt hier nichts an. So sagt Ulpian (L. 35. pr. in f. u. §. 1. cit.): wenn die Erbschaft aus zwei Grundstücken von durchaus verschiedenem Werthe bestehe, und von zwei Erben jeder in eines derselben eingesetzt sey, so müßten dennoch beide gleichmäßig zu den Schulden concurriren: „pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem; *erunt heredes ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti*, verumtamen officio judicis continebitur, ut unicuique eorum fundus, qui relictus est, adjudicetur, vel attribuatur. Unde scio quaesitum, aeris alieni onus, pro qua parte agnosci debeat; et refert Papinianus, cujus sententiam ipse quoque probavi, *pro hereditariis partibus eos agnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse; fundos etenim vice praeceptionis accipiendos.*"

zur Bezeichnung der Erbquoten dienen sollen. ULPIANUS Lib. V. ad Sabinum [25]): „Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, *ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur*“ [26]). Natürlich muß aber auch ein Gleiches angenommen werden, wenn jedem der Erben Theile verschiedener

25) L. 9. §. 13. D. *h. t.*

26) Die Meinung einiger älteren Interpreten, daß durch die letzten Worte dem Testirer frei gestellt werde zu erklären: es sollten die also eingesetzten Erben überall nichts mehr haben, wie die ihnen zugewiesenen Theile, es solle mithin in Ansehung des Uebrigen die Intestaterbfolge eintreten, ist nicht nur wider alle Rechtsanalogie, sondern auch mit dem buchstäblichen Ausdruck der Stelle schwerer zu vereinigen, als die richtige Ansicht, wonach der Jurist nur sagen will: falls nicht der Testirer gewollt hat, daß die Theile des fundus als Bezeichnung der Erbquoten gelten sollen. S. *Fr.* BALDUINUS de jure novo Lib. I. (in der Jurisprudentia Rom. et Alt. T. I. p. 1058), *Ant.* FABER error. Pragmat. Dec. XV. Err. VII. AVERANIUS interpr. jur. Lib. IV. C. 11. Nr. 3. — Ant. Faber meint übrigens, daß der Schlußsatz durch Tribonian hinzugefügt sey, weil Ulpian schwerlich etwas noch von Erforschung der Willensmeinung des Testirers abhängig gemacht haben würde, worüber bereits vom Gesetz entschieden sey. Allein Ulpian beruft sich ja überall nicht auf Gesetz, sondern auf die Ansicht des Sabinus, und diese beruht eben auf der wahrscheinlichen Willensmeinung des Testirers, wodurch denn demselben die Freiheit einer anderweitigen Willenserklärung nicht entzogen seyn kann.

Grundstücke zugewiesen sind; es wird hier also eben so gehalten, wie wenn jedem die Sache ganz gegeben ist, d. h. sie erhalten die Theile als Vorvermächtnisse und concurriren gleichmäßig zu dem übrigen Nachlaß. Dieß ist der Sinn einer Stelle von Paulus[27]), welche indessen offenbar corrumpirt ist, allein auch sonst den Auslegern Schwierigkeiten gemacht hat. Sie lautet in der Florentinischen Handschrift wie folgt: „Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adjectis partibus heredes scripti essent, *nec enim facile sed diversitate pretium* portiones inveniuntur; ergo expeditius est, quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundum, nec partes nominasset." — Daß die cursiv gedruckten Worte eine fehlerhafte Lesart enthalten, sieht man ohne weitere Erinnerung, indem der Satz so, wie er lautet, gar keinen Sinn giebt. Haloander und Andere lesen statt *sed*: ex, was gewiß Billigung verdient[28]). Aber auch das Wort *pretium* bedarf einer Verbesserung. Die Taurelli substituiren dafür: partium, um, wie sie sagen, sich nicht allzusehr von der Handschrift zu entfernen[29]). Diese Emendation hat den Beifall der meisten Editoren erhalten, obgleich sich auch damit kaum irgend ein bestimmter Sinn verbinden lässt[30]). Wohl aber ist dies

27) L. 10. D. *h. t.*

28) Auch in der Taur. ist es am Rande notirt.

29) S. die Note 80 in edit. *Geb. Sp.* ad h. l.

30) Eben so wenig ist dies der Fall, wenn man mit *A.* Faber (conject. Lib. XVII. c. 16. gegen das Ende) emendirt: *sub* diversitate partium, oder mit *Nic.* Catha-

der Fall, wenn man *praediorum* lies't, eine Emendation, welche auch darum den Vorzug verdient, weil sie sich noch näher an die Lesart des Manuscripts anschließt, und die Entstehung des Fehlers sich leicht aus einer bekannten Abkürzungsform des Genitivus Pluralis erklären läßt [31]. Der Satz würde alsdann so lauten: **nec enim facile ex diversitate praediorum portiones inveniuntur**, und der Sinn seyn: denn es geht nicht wohl an, die Erbquoten (**portiones**) nach der Werthsverschiedenheit der Grundstücke zu bestimmen [32]. — Die Schlußworte der Stelle: **perinde habendum, ac si nec fundum nec partes nominasset**, würden buchstäblich verstanden den Sinn geben: die Zuweisung von Grundstücken oder von Theilen derselben an die einzelnen Erben hat gar keine Bedeutung; indessen würde dies mit anderen Stellen offenbar im Widerspruch stehen, und auch der Willensmeinung des Testirers nicht gemäß seyn, es darf daher das *perinde habendum* nur auf die Erbtheile bezogen werden, also: in Beziehung auf die Erbtheile ist die Disposition so zu behandeln, als wenn von Grundstücken oder Theilen derselben überall nicht die Rede gewesen

RINUS (observat. et conject. Lib. IV. c. 46. MEERM. Thes. T. VI. p. 798.): sed diversitate consortium (i. e. heredum).

31) Ueberdies spricht dafür die Autorität nicht weniger Handschriften. S. die Note 80 ed. *Geb. Sp.* — Einen ähnlichen Sinn giebt *pretiorum*, wofür es ebenfalls nicht an handschriftlicher Autorität fehlt (s. CONTIUS in not. ad h. l.); auch CUJACIUS (in comment. ad h. l.) billigt diese Lesart. — Andere Vorschläge s. bei SCHULT. u. SMALLENB. not. ad Dig. T. V. p. 49.

32) S. CUJACIUS in Comment. ad h. l.

wäre[33]). — Uebrigens bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß, wenn von drei Erben der eine auf ein bestimmtes Object, die beiden Andern zusammen auf ein anderes eingesetzt sind, alsdann die letzteren auch in Ansehung der Erbschaft für **conjuncti** gelten, also die Erbschaft in zwei Hälften zerfällt, wovon die eine an den ersten, die andere an die beiden letzten kommt[34]).

3) Was Rechtens sey, wenn Jemand im Niesbrauche zum Erben eingesetzt wird, ist schon an einem anderen Orte des Commentars zur Sprache gekommen[35]). Hier sollen nur einige nachträgliche Bemerkungen zu den früheren Erörterungen gegeben werden. — Gewöhnlich nimmt man an, der im Niesbrauch Eingesetzte sey **heres ex re singulari** oder **ex re certa**, und dies ist auch insofern ganz consequent, als der Niesbrauch doch immer nur ein besonderer Bestandtheil und Ausfluß des Vermögensrechts ist, welches getrennt von diesem einem Dritten zustehen kann, ohne daß darum der beschränkte Eigenthümer aufhört, Herr des Vermögens zu seyn.

33) Schon Accursius trägt diese Erklärung als eine durchaus unzweifelhafte vor; Gl. *nec fundum* ad h. l.

34) Einen solchen Fall trägt Javolenus vor in der L. 11. D. *h. t.* Er beruft sich dabei auf die Autorität des Paulus, aber nicht, als ob darin etwas besonderes liege, daß die Conjunction von Miterben auch durch gemeinschaftliche Berufung zu einer Sache ausgedrückt werden könne, sondern weil es überhaupt erst durch Doctrinalautoritäten festgestellt wurde, daß mehrere in einem Satze Berufene ohne Weiteres für conjuncti zu halten seyen; s. L. 89. §. 2. D. *h. t.*, wo dieser Satz ebenfalls auf die Autorität von Paulus gestützt wird.

35) Bd. IX. S. 182—188.

Indessen darf man doch nicht außer Acht lassen, daß es gerade hier vielfältig zweifelhaft ist, welche Absicht der Testirer bei seiner Disposition gehabt habe, und da wird bisweilen aus der Art und dem Zusammenhang der Disposition mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gefolgert werden dürfen, es sey unter der Einsetzung im Niesbrauche nichts anderes zu verstehen, als eine wahre Erbeinsetzung unter der Beschränkung, die Substanz des Vermögens nicht zu veräußern oder zu verändern. — Hiernächst bemerke man:

a) Es ist Jemand entweder allein im Niesbrauch eingesetzt, oder neben anderen in der Substanz des Vermögens eingesetzten Erben. Im ersten Falle bekommt er den Nachlaß ohne alle Beschränkung, im letzten findet (falls nicht ein entgegenstehender Wille des Testirers deutlich erhellt) das Recht eines heres ex re certa Statt, welcher neben Anderen ohne Beschränkung eingesetzt ist; treten also seine Miterben an, so fordert er sein Niesbrauchsrecht als Vermächtniß, jedoch mit der fam. erciso. actio, wo nicht, so ist er alleiniger oder unbeschränkter Erbe.

b) Der Testirer hat Einen im Niesbrauch, einen Anderen aber nach des Nutznießers Tode ohne Beschränkung zum Erben eingesetzt. Dieser Fall ist besonders streitig [36]). Betrachtet man auch in diesem Falle den Erben im Niesbrauche als heres ex re singulari neben einem unbeschränkt Eingesetzten, so fragt es sich, ob der Letztere pure oder sofort zur Proprietät berufen, oder als

36) Darauf bezieht sich die zweite der Rechtsfragen bei Hennemann (s. oben Note 12): „Was Rechtens sey in dem Falle, da ein Erblasser Jemand im Genießbrauch zum Erben einsetzt, zugleich aber verordnet, daß nach dessen Tode ein Anderer sein (des Testirers) Erbe seyn solle."

unter einer Bedingung eingesetzt anzusehen sey? Die Vertheidiger der ersten Meinung sagen: wir haben hier zwei Erben; der eine soll, nach dem bestimmt erklärten Willen des Erblassers, nur den Niesbrauch haben, von diesem aber, so lange er lebt, den anderen ausschließen. Da nun aber dieser nur vom Niesbrauch einstweilen ausgeschlossen wird, so folgt von selbst, daß er sofort nach dem Tode des Testirers zur Proprietät berechtigt ist [37]). Indessen ist diese Erklärung weder juristisch nothwendig, indem ja ein Testirer den Eintritt des Rechts seines Erben von einer Bedingung abhängig machen kann, noch mit der Willenserklärung zu vereinbaren. Denn, sagt der Testirer z. B.: ich setze meine Frau zur Erbin im Niesbrauche meines gesammten Vermögens ein, nach ihrem Tode soll N. mein Erbe seyn, — so thut man offenbar den Worten Zwang an, wenn man dies so interpretirt: den N. setze ich unbedingt zum Erben der Proprietät meines Vermögens ein, es soll aber sein Gebrauchsrecht bis zum Tode des Nutznießers suspendirt seyn [38]). Consequenter ist daher die Meinung, nach welcher das Erbrecht des nach dem Tode des Ersten Eingesetzten überhaupt davon abhängig gemacht wird, daß er den Nutznießer überlebt, also von einem ungewissen Zeitpunct, der bekanntlich einer Bedingung gleichsteht. Tritt die Bedingung nicht ein, so ist der Nutznießer vollständiger Erbe, bis dahin ruht die Erbschaft, soviel die Proprietät betrifft [39]), oder es erhält auch der nach dem

37) *Jo.* Voet comment. ad Pand. Tit. de usufructu §. 12.

38) Hennemann a. a. O. S. 40 fg. (§. 4.)

39) Dies ist die Meinung von Hennemann a. a. O. S. 46 fg. (§. 5. 6.)

Tode des Nutznießers Gerufene gegen Cautionsleistung eine secundum tabulas B. P.[40]). — Die juristische Consequenz hat nun diese Meinung allerdings für sich, und es möchte damit auch die Absicht des Concipienten übereinstimmen, wenn dieser ein Rechtsgelehrter ist. Legen wir aber den Maaßstab des gemeinen Verstandes an die Interpretation dieser Worte, denken wir also, daß ein Nichtjurist sich so ausgedrückt habe, so hat er damit schwerlich einen anderen Sinn verbunden, als den folgenden: ich setze meine Frau zur Erbin meines Gesammtvermögens ein, dessen Substanz aber nicht angegriffen, sondern unvermindert nach meiner Frauen Tode dem N. anfallen soll; oder, juristisch ausgedrückt: ich setze meine Frau zur alleinigen Erbin ein, es soll aber nach deren Tode die Erbschaft ohne allen Abzug dem N. (als fideicommissarischen Erben) restituirt werden. Die Fassung der Einsetzungsworte steht der Auslegung keineswegs entgegen, die Einsetzung des N. als eine fideicommissarische anzusehen[41]), auch läßt sich zur Unterstützung derselben noch anführen, daß den Worten nach der Erblasser zwei Grade gemacht, oder dem eingesetzten Erben einen Anderen (fideicommissarisch) substituirt hat. Diese Ansicht wird auch von sehr achtbaren Rechtslehrern angenommen[42]), und daß sie wenigstens zu einer Zeit die gemeine gewe-

40) Arg. L. 23. pr. D. *h. t.* — Thibaut Pand. §. 956. Nr. II.

41) Arg. L. 2. C. *commun. de legat.* (VI. 43.) (siehe Note 44.)

42) *Ulr.* Huber praelect. ad Dig. *h. t.* §. 9., wogegen sich zwar Thomasius in den Zusätzen erklärt, indessen ohne genügende Gründe.

sen sey, bezeugt[43]). Nur ein Bedenken möchte dagegen angeregt werden: wie nun, wenn der im Niesbrauch Eingesetzte den Anfall der Erbschaft gar nicht erlebt, wird alsdann der Substitut ganz ausgeschlossen? Daß dieß nicht der Absicht des Erblassers gemäß sey, ist klar, und darum müssen wir sagen, daß der Testirer den Zweiten für den Fall zum Erben ernannt habe, wenn der erstgenannte ihm nicht im Wege stehe; nicht der Ausdruck entscheidet nach dem neuen Rechte mehr, sondern die Absicht des Erblassers[44]), und da überdies die Regel besteht, daß im Zweifel stets für die Giltigkeit einer letztwilligen Verfügung zu entscheiden ist[45]), so muß die Substitution für eine directe gehalten werden, wenn der zuerst Genannte Erbe wird, für eine fideicommissarische, wenn er es nicht wird[46]).

Aus der Regel: **nemo pro parte testatus u. s. w.** pflegt man auch den bekannten Satz abzuleiten, daß kei-

43) S. *Pet.* Müller ad *Struv.* exerc. XXX. §. 6.

44) L. 15. C. *de test.* (VI. 23.) L. 2. C. *commun. de leg.* — Die erste Stelle sagt: daß die Erbeinsetzung auf jegliche Weise geschehen könne, wenn nur der Wille des Testirers entschieden sey, mithin auch durch solche Ausdrücke, welche ehemals nur für die Anordnung von Fideicommissen gebraucht wurden; (es sey gleichgiltig „utrum imperativis et directis verbis fiat, *an inflexis*"). In der zweiten heißt es: es sei einerlei, ob die Anordnung von Fideicommissen „directis verbis, quale est jubeo" oder „precariis" erfolge, immer solle der Wille des Testirers und die Rücksicht auf die möglichste Wirksamkeit der Verfügung den Erfolg bestimmen.

45) L. 24. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.)

46) Vrgl. Höpfner Comment. §. 495. Note 3.

ner aus mehreren Testamenten beerbt werden könne[47]); und daß sich allerdings ein Zusammenhang zwischen demselben und dem Grunde unserer Regel finde, ist unverkennbar und wird auch von Ulpian sehr bestimmt angedeutet[48]). Indessen ist doch die Bedeutung beider Sätze so verschieden, daß es gerathener scheint, die Verwandtschaft des Grundes auf sich beruhen zu lassen und sich keine Argumentation von einem auf den anderen zu gestatten[49]).

Häufig erklärt man auch die Unzuläßigkeit einer Erbeseinsetzung von einem bestimmten Tage an, oder bis zu einem bestimmten Tage (oder unter einer auflösenden Bedingung) als Folge unserer Regel, indem sonst im ersten Falle die Intestaterbfolge bis zum Eintritt des Tages, im zweiten nach demselben eintreten müßte[50]). Dies hat nun zwar seine Richtigkeit; allein Grund und Zweck dieser Beschränkung ist wesentlich verschieden von der Regel **nemo pro parte testatus** u. s. w. Soll der Erbe erst mit Eintritt des dies die Erbschaft erhalten, so würde bis dahin eigentlich gar kein Erbe vorhanden seyn, indem der Eintritt einer bestimmten Zeit nicht, wie der einer Bedingung, rückwirkende Kraft hat[51]); der

47) S. Huschke a. a. O. S. 298.

48) **L. 19. pr. D.** *de test. milit.* **(XXIX. 1.)**

49) S. Bd. 38. d. Comment. S. 82. Not. 85. u. S. 339—349.

50) So Hellfeld in diesem §. und Höpfner Comment. §. 442.

51) Hierin liegt der Grund der Zuläßigkeit einer Erbeinsetzung unter einer Suspensivbedingung. S. Huschke a. a. O. S. 323 fg. — Uebrigens erklärt Huschke sich bei dieser Gelegenheit auch gegen die gewöhnliche Meinung, wonach

Einsetzung eines Erben bis zu einer bestimmten Zeit aber steht der civilrechtliche Grundsatz entgegen, daß die Erbenqualität mit der Persönlichkeit des Erben unzertrennlich verbunden ist, daher, einmal eingetreten, nicht wieder von derselben getrennt werden kann [52]. Auch sind die Erbschaftsgläubiger nicht blos an das Vermögen, sondern hauptsächlich an die Person des Erben gewiesen, es steht daher nicht in der Macht des Erblassers zu bestimmen, daß sie erst von einem gewissen Zeitpunct an den Erben als ihren Schuldner ansehen dürften, oder daß sie nach einem gewissen Zeitpunct sich an einen Anderen halten müßten [53]. Daher ist denn auch die Anordnung ungiltig, daß der Eine bis zu einer bestimmten Zeit Erbe seyn, und alsdann ein Anderer ihn ablösen, d. h. statt seiner Erbe werden solle; und dies Beispiel beweis't wohl am besten, daß die Unzuläßigkeit solcher Einsetzungen aus unserer Regel nicht abzuleiten ist, indem durch die so eben erwähnte Disposition der Erblasser ja immer die Intestaterbfolge vollständig ausschließt [54].

ursprünglich eine Erbeinsetzung auch nicht unter einer Suspensivbedingung habe geschehen können (S. 324 fg.). Davon kann indessen erst unten, bei dem Titel *de conditionib. instit.* (XXVIII. 7.) die Rede seyn.

52) L. 88. D. *h. t.* — „non potest efficere, ut, qui semel heres extitit, definat heres esse." — L. 13. §. 1. D. *de liber. et postum.* (XXVIII. 2.) „Regula est juris civilis, — hereditatem adimi non posse — eodem testamento." — Huschke a. a. O. S. 324.

53) Dernburg Beiträge zur Geschichte der röm. Testamente. S. 308.

54) Dernburg a. a. O. S. 307.

Die Wirkung der Erbeinsetzung von einem gewissen Tage an, oder bis zu einem solchen, oder auch bis zu einer auflösenden Bedingung, ist bekanntlich die, daß die beschränkende Bestimmung als nicht geschrieben anzusehen ist, also die Einsetzung gleich mit dem Tode des Erblassers, oder (im zweiten Fall) auf immer ihre Wirkung äußert [55]), mithin ohne alle Modalität (als pura heredis institutio) besteht [56]). Indessen gilt dies nur alsdann, wenn die Aeußerung des Testirers durchaus nicht anders verstanden werden kann, als, daß der Erbe in der That erst nach einiger Zeit und ohne Zurückbeziehung auf die Todeszeit des Erblassers anfange Erbe zu

55) §. 9. J. *de heredib. instit.* „Ex certo tempore, ad certum tempus non potest (heres institui), veluti *post quinquennium, quam moriar*, vel *ex Calendis illis*, aut *usque ad Calendas illas heres esto;* denique adjectum pro supervacuo haberi placet, et *perinde esse, ac si pure heres institutus esset.* L. 34. D. *h. t.* „Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato, manet institutio."

56) Bekanntlich gilt aber eine bei letztwilligen Verfügungen in irgend einer Hinsicht ungewisse Zeit einer Bedingung gleich (s. L. 75. D. *de cond. et demonstr.* XXXV. 1.); wie ist nun damit zu vereinigen, daß (wie es in dem §. 9. J. *h. t.* heißt), wenn der Testirer bestimmt, es solle der Erbe 5 Jahre nach seinem Tode die Erbschaft erhalten, die Regel von der bestimmten Zeit eintritt, mithin die Erbfolge gleich nach dem Tode des Erblassers eintritt? Die Antwort ist: weil zur Zeit der Eröffnung des Testaments es feststeht, wann die in demselben bestimmte Zeit eingetreten seyn werde. Vrgl. hiermit Schöman Handbuch des Civilrechts Bd. I. Abh. VI. S. 373 fg.

seyn, oder die Erbqualität nur für eine bestimmte Zeit behalte. Im Uebrigen muß auch hier der Grundsatz zur Anwendung kommen, daß im Zweifel ein Testament in Gemäßheit des Willens seines Urhebers auszulegen und in Ausführung zu bringen sey. Wird daher eine Auslegung möglich, wodurch eine buchstäblich als auflösende Bedingung erscheinende Bestimmung in der Bedeutung einer aufschiebenden verstanden werden kann, so ist dies auch für ausgedrückt zu halten [57]). — Ein

57) Scheinbar ist der Grundsatz: **conditio resolutiva heredis institutioni adjecta pro non scripta habetur,** in neuerer Zeit Gegenstand eines gelehrten Streites geworden, nämlich angefochten von Wening im Archiv für civilist. Praxis Bd. I. Abs. IX. und Zimmern ebendas. Bd. VII. Abs. VII., vertheidigt von Thibaut im Archiv Bd. V. Abs. XIII. Nr. 1. u. Bd. VII. Abs. XIX. Wenn man indessen die Streitfrage genau ins Auge faßt, so handelt es sich (wie auch Zimmern richtig bemerkt) nicht eigentlich um den Grundsatz, sondern darum, ob nicht eine auflösende Bedingung als entgegengesetzte suspensive zu behandeln, — mithin der, welchem die Erbschaft unter einer Bedingung genommen ist, als unter der entgegengesetzten eingesetzt anzusehen sey? Mit Recht läugnet dies Thibaut, indem eine sprachwidrige Auslegung nicht geduldet werden darf. Allein der bloße Buchstabe entscheidet hier so wenig, wie überhaupt; und darnach würde ich in dem von Wening angeführten Falle („Ich setze meinen Vetter S. zum Universalerben ein, jedoch nur bedingt, bis zum Ausgange des über meinen Bruder verhängten peinlichen Prozesses, welcher, wenn er für unschuldig erklärt wird, mein ganzes Vermögen als einziger Erbe haben soll") ohne Bedenken die Einsetzung als eine unter einer Suspensivbedingung erfolgte ansehen. Denn ohne alle sprachwidrige Limitationen läßt sich diese Einsetzung so erklären: ich setze meinen Vetter

Gleiches gilt auch alsdann, wenn die einer unbedingten Erbeinsetzung hinzugefügte Beschränkung als fideicommissarische Auflage betrachtet und aufrecht erhalten werden kann. Dies ist allemal der Fall, wenn dabei ein Dritter und zwar in einer solchen Beziehung genannt ist, daß die Absicht des Testirers unverkennbar ist, demselben sein Vermögen (oder einen Theil desselben) zuzuwenden[58]. Dadurch hört aber bekanntlich der s. g. directe Erbe nicht auf eigentlicher Erbe zu seyn, und wenngleich seitdem Justinian die Bestimmung des Senatusconsultum Trebellianum zum allgemeinen Grundsatz erhob, die Gläubiger sich an den fideicommissarischen Erben insoweit halten müssen, als das erbschaftliche Vermögen restituirt ist[59], so kann dadurch doch nie das dem civilrechtlichen Grundprinzip durchaus entgegengesetzte Resultat bewirkt werden, daß der Fideicommissar als neuer Erbe völlig an die Stelle des alten trete und dieser so aufhöre Erbe zu seyn, als ob er es nie gewesen wäre. Ist nun aber eine solche Auslegung nach Regeln der Doctrinalinterpretation überall nicht möglich, so tritt der Grundsatz ein: die Beschränkung gilt nicht, der ex die certo eingesetzte Erbe erhält die Erbschaft sofort, der bis zu einem bestimmten Tage oder unter einer auflösenden Bedingung Eingesetzte aber bleibt Erbe.

unter der Bedingung zum Erben ein, wenn mein Bruder für schuldig erklärt werden wird, meinen Bruder dagegen setze ich unter der Bedingung ein, wenn der peinliche Prozeß für ihn ausfällt.

58) Beispiele solcher fideicommissarischen Anordnungen s. m. in L. 114. §. 14. D. *de legat.* I. L. 74. pr. D. *ad Senatusc. Trebell.* (XXXVI. 1.)

59) §. 7. J. *de fideic. heredit.* — L. 1. 2. C. *ad Sct. Treb.* (VI. 49.)

Nur darin darf der Soldat für privilegirt gehalten werden, daß auch selbst in einem solchen Falle sein Wille befolgt wird, soweit dies mit erbrechtlichen Grundregeln sich vereinigen läßt. Wenn daher dem Soldaten auch das Recht zugestanden wird, den Anfang oder die Dauer des Erbrechts an bestimmte Zeitpuncte zu knüpfen[60]), so heißt dies doch nur: im ersten Falle treten zunächst die Intestaterben ein, müssen aber in der Folge die Erbschaft an den ex certo die ernannten Erben, gleichsam als an einen Fideicommißerben restituiren, im zweiten Falle treten mit dem bestimmten Tage oder der auflösenden Bedingung die Intestaterben als Fideicommißerben ein[61]). Auch darin liegt keine Abweichung von der Regel: semel heres semper heres, daß Jemand durch beneficium abstinendi oder Restitution aufhören kann Erbe zu seyn, indem hiedurch auch in Beziehung auf die Vergangenheit die Erbenqualität vollständig vernichtet wird, oder das Resultat eintritt, als sey er Erbe geworden[62]).

Daß übrigens die Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest im Geiste des germanischen nicht entspreche, daher auch nie allge-

60) L. 15. §. 4. D. *de test. milit.* XXIX. 1. („Miles et ad tempus heredem facere potest, et alium post tempus, vel ex conditione, vel in conditionem.“) L. 41. pr. D. *eod.* — „Et quia diximus, ex certo tempore et usque ad certum tempus milites posse instituere heredem, his consequens est, ut, antequam dies veniat, quo admittatur institutus, intestati hereditas deferatur.“

61) Vergl. *A.* Faber Error. Pragmat. Dec. XXVII. Err. II. — Mehr hierüber beim Tit. *de test. milit.*

62) S. mein Lehrb. des Pand. R. §. 776. der 2. A.

meine Anerkennung in Deutschland gefunden habe und in den neueren Gesetzgebungen meistens ausdrücklich aufgehoben sey, wurde schon an einem anderen Orte des Commentars ausgeführt [63]).

§. 1442.

2) Deutliche Bezeichnung der Person des Erben.

Ein wesentliches Erforderniß giltiger Erbeinsetzungen ist, daß die Person des Erben deutlich und bestimmt bezeichnet werde [64]). Wenn daher der Testirer zwar einen Erben genannt hat, die Benennung aber auf mehrere paßt, und auch aus einer hinzugefügten Bezeichnung oder aus anderen Umständen sich nicht ergiebt, Wer gemeint sey, so kann die Verfügung nicht gelten. *Modestinus Lib. II. Pandectarum* [65]): „Quoties non apparet,

63) Bd. 38. S. 79—81. Vergl. ebendas. S. 345 fg. Not. 44. S. auch Huschke a. a. O. S. 365—369.

64) L. 9. §. 9. D. *h. t.* — Die von Hellfeld hierbei eingemengte Lehre von der Einsetzung ungewisser Person ist bereits im 39ten Bande des Commentars §. 1438 b. erörtert.

65) L. 62. §. 1. D. *h. t.* — Vergl. PAULLI rec. sent. Lib. III. Tit. IV. B. §. 3. Aehnliche Aeußerungen finden sich in Beziehung auf Vermächtnisse in L. 4. (5.) L. 10. (11.) pr. und L. 27. (28.) D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.) — S. *C. G.* HUEBNER comment. ad tit. de reb. dub. p. 66 sq. — Die L. 4. §. 1. D. *si cui plus, quam per leg. Falcid. lic.* (XXXV. 3.) scheint auf den ersten Anblick so verstanden werden zu können, als ob in dem Falle, wenn die Unwissenheit nicht zu heben ist, beide Erben werden. Indessen spricht sie nur von der Verbindlichkeit der Erbprätendenten, sich auf die Klagen der Gläubiger und Vermächtnißnehmer einzulassen.

quis heres institutus sit, institutio non valet, quippe evenire potest[66]), si testator complures amicos eodem nomine habeat, et ad designationem nominis singulari nomine utatur, nisi ex aliis apertissimis nominibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit." Manche halten die Schlußworte (nisi — senserit) für einen Tribonianismus, weil im Eingange der Stelle ja vorausgesetzt werde, daß nicht erhlle, Wen der Testirer gemeint habe[67]). Indessen drücken die Eingangsworte nur die Regel aus, worauf dann die Anwendung auf den Fall folgt, wenn der Name auf Mehrere paßt. Damit verträgt sich aber sehr wohl die Einschränkung, daß den sich zur Erbschaft Meldenden der Beweis freigelassen werde, an welchen derselben der Testirer hierbei gedacht habe[68]). Kann dieser Beweis nicht geführt werden, so tritt nunmehr die Regel ein, d. h. die Verfügung gilt nicht. Möglich ist ja aber ein sol-

66) Einige lesen: quod evenire oportet (s. POTHIER Pand. Justin. h. t. nr. 28. in not.) Haloander liest: *quod plane* evenire potest, wodurch der Sinn allerdings deutlicher wird; nothwendig ist indessen auch diese Emendation nicht.

67) So namentlich *A.* FABER conject. Lic. V. c. 19. Auch SCHULTING in den not. ad Dig. (Tom. V. p. 67.) billigt diese Annahme.

68) „Si controversia sit de nomine inter plures (heißt es in der L. 33. §. 1. D. *de mend. et demonstr.*), qui probaverit, sensisse de se defunctum, ille admittetur." S. *F. C.* CONRADI de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine vel demonstratione heredis aut legatarii commissum (Helmst. 1736.) §. 17—25.

cher Beweis allerdings, indem sich aus sonstigen Aeußerungen des Testirers, aus den persönlichen Verhältnissen desselben zu dem Erbprätendenten u. drgl. m. sehr bestimmt ergeben kann, Wer hier eigentlich gemeint sey. Diesem gemäß wurde (Zeitungsnachrichten zu Folge) vor mehreren Jahren ein Rechtsfall in Brüssel entschieden[69]. Eine Dame setzt in ihrem Testamente „den Herrn Thomas, oder seine Nachkommen" zum Erben ein. Da nun Mehrere diesen Namen führen und Kinder haben, so treten dieselben auf, um die Erbschaft in Anspruch zu nehmen. Das Tribunal erster Instanz hat für die Ungiltigkeit des Testaments entschieden, da es sich auf Mehrere anwenden lasse, wogegen der Appellationshof reformatorisch erkannte, daß, da die Unbestimmtheit des Testaments durch äußerliche Beweise ergänzt werden könne, die Prätendenten zur Beibringung von Beweisen, daß die Erblasserin ihre Person gemeint habe, zu lassen seyen. —

Uebrigens bemerke man:

1) Es ist überall nicht nöthig, daß der Erbe mit Namen genannt werde, indem jede sonstige, hinreichend deutliche, Bezeichnung oder Beschreibung (demonstratio) genügt[70], z. B. wenn Jemand seinen Sohn, seinen Enkel, einen an einem bestimmten Orte wohnhaften Freund u. s. w. ohne Hinzufügung des Namens einsetzt. Nur darf die Bezeichnung nicht lediglich durch ein Schimpf- oder Scheltwort erfolgt seyn[71], obgleich auch dies der Erbeinsetzung

69) S. die Berliner Spenersche Zeitung v. 1833. Nr. 35.

70) L. 9. §. 8. D. *h. t.* §. 5. in f. J. *h. t.*

71) L. 9. §. 8. D. *h. t.* „Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum de-

nicht schadet, wenn es einer sonstigen Benennung oder Bezeichnung hinzufügt wird[72]).

2) Selbst eine unrichtige Bezeichnung, durch Namen oder Beschreibung (falsa demonstratio), schadet der Erb-

monstraverit —, *non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi*, valet institutio." — Vrgl. L. 54. (56) D. *de leg.* I. „Turpia legata, quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur." S. Averanius interpret. jur. Lib. V. C. 13. Nr. 1.

72) Lib. 48. §. 1. D. *h. t.* „Illa institutio valet: *filius meus impiissimus, male de me meritus heres esto;* pure enim heres instituitur cum maledicto, et omnes hujusmodi institutiones receptae sunt." *H.* Donelli comment. jur. civ. Lib. VI. c. 19. §. 2. 3. Ohne Grund schränken Manche (z. B. *Desid.* Heraldus observ. et emendat. Lib. c. 28. ap. Otton. T. II. p. 1345 sq. u. Averanius l. l. Nr. 5.) die Giltigkeit der institutio cum maledicto (d. h. die sonst hinreichend bestimmte und nur einen schimpflichen Zusatz enthaltende) Erbeinsetzung auf Kinder des Erblassers ein. Dasselbe wird in Beziehung auf Vermächtnisse ganz entschieden auch für Dritte anerkannt (so namentlich in der L. 37. §. 2. D. *de legat.* III.); in Hinsicht auf das Erforderniß einer bestimmten, deutlichen und angemessenen Erklärung des Willens findet ein Unterschied zwischen Erbeinsetzungen und Vermächtnissen nicht Statt; siehe z. B. §. 29. J. *de leg.* Vrgl. Weber zu Höpfner §. 488. Not. 4. und Bd. 36. des Comment. S. 301 fg. Not. 58. Uebrigens genügte zur Enterbeinsetzung blos die schimpfliche Bezeichnung; L. 3. pr. D. *de lib. et postum.* Averanius l. l. nr. 5. *M. G.* Wernher lectiss. comment. in Pand. ad h. t. §. 19. p. 633. und Bd. 36. d. Comment. S. 302 fg.

einsetzung nicht, falls nur die Meinung des Testirers außer Zweifel ist[73]; z. B. wenn es heißt: meinen Schwestersohn Christian, welcher im J. 1830 als Kaufmann nach Philadelphia gegangen ist, setze ich zum Erben ein. Wenn hier auch die vier zuletztgenannten Merkmale sämmtlich nicht zutreffen, — wenn z. B. der Schwestersohn einen anderen Vornamen hat, das Jahr der Abreise und das Gewerbe des Erben nicht genau angegeben, derselbe auch nicht nach Philadelphia, sondern nach Newyork gegangen ist, — so kann es nichtsdestoweniger außer allem Zweifel seyn, Wen der Testirer gemeint habe.

3) Eben so wenig schadet es der Erbeinsetzung, wenn das vom Testirer angegebene Motiv derselben unwahr erfunden wird (falsa causa non nocet); vorausgesetzt, daß der Testirer nicht selbst darüber im Irrthum war und lediglich durch diesen Irrthum zu seiner Disposition bestimmt wurde, in welchem Falle denjenigen, die dabei ein

73) §. 29. J. *h. t.* (— „nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intelligantur, nihil interest.") L. 4. C. *de testam.* (VI. 23.) L. 48. §. 3. D. *h. t.* („Si in patre, vel patria, vel alia simili assumtione falsum scriptum est, dum de eo, qui demonstratus sit, constet, valet institutio.") L. 5. C. *h. t.* L. 33. pr. L. 34. pr. D. *de condit. et dem.* (XXXV. 1.) Averanius interpret. jur. Lib. V. c. 14. nr. 1. 2. — S. auch *F. C.* Conradi in der angef. Diss. §. 29 fg., wo sich ein interessantes Beispiel von Benennung und Bezeichnung des Erben, welche auf Niemanden bestimmt paßte, vorgetragen findet. — Uebrigens kann die unrichtige Bezeichnung auch in einer ursächlichen Beziehung zu der Erbeinsetzung stehen, und da trift dasselbe ein, was von der falsa causa gilt.

Interesse haben, dies zu beweisen nachgelassen werden muß[74].

4) Wenn der Testirer einen ganz Anderen zum Erben ernennt, als den er nennen wollte, so gilt die Einsetzung nicht. Denn: „qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur[75]). Es ist hier natürlich nicht die Rede von dem Fall, wenn der Testirer den Erben nur unrichtig benennt, — also ihm einen Namen beilegt, welchen auch wohl ein Anderer führt[76]); sondern von einer wirklichen Verwechslung der

74) L. 4. C. *h. t.* „Si pater tuus eum quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset, isque postea subditus esse ostensus est, anferendam in successionem, divorum Severi et Antonini placitis continetur.“ — L. 72. §. 6. D. *de condit. et dem.* „Falsam causam legato non obesse verius est —; *sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legatarus non fuisse.*“ — Vrgl. auch L. 14. §. 2. D. *de lib. et postum.* (S. Bd. 36. d. Comment. S. 303 fg.) Modificationen des Satzes, für den Fall nämlich, wenn Notherben in der irrthümlichen Meinung, daß sie nicht mehr existiren, ausgeschlossen sind, enthalten L. 28. D. *de inoff. test.* u. L. 92. D *h. t.* S. hierüber Bd. 35. d. Comment. S. 380 — 390. u. Bd. 37. S. 369 fg. (Nr. 1.)

75) L. 3. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.) S. *C. G.* Huebner comment. ad tit. de reb. dub. p. 131 sqq.

76) Denn alsdann würde (falls sich nur erweisen läßt, Wen der Testirer gemeint habe) die Regel zur Anwendung kommen: falsa demonstratio non nocet; nur wenn die controversia de nomine (wie es in der Not. 68 an-

Personen. Eine solche Verwechslung läßt sich auf zweifache Art denken. Einmal so, daß der Testirer zwar eine richtige Vorstellung von den Personen und ihren Verhältnissen hat, dennoch aber die eine statt der Anderen nennt. Ein Irrthum dieser Art setzt mindestens sehr große Zerstreutheit voraus, und mag immerhin selten vorkommen; möglich ist er nichtsdestoweniger. Man nehme z. B. an, es hat Jemand schon lange mit sich den Gedanken herumgetragen, einen seiner beiden Freunde, A. und B., zum Erben einzusetzen und dem anderen ein Vermächtniß zuzuwenden. Endlich entschließt er sich, den A. einzusetzen, nennt aber in augenblicklicher Vergessenheit den B.; der begangene Irrthum ergiebt sich leicht daraus, daß B. später als Vermächtnißnehmer vorkommt und von einem Anderen als Erben gesprochen wird, ohne jedoch diesen zu nennen. Hier kann weder A. Erbe seyn, weil er nicht genannt ist, noch B. weil der Testirer ihn nicht einsetzen wollte [77]). — Noch leichter aber wird eine Ver-

geführten Stelle heißt) zu keinem bestimmten Resultate führt, muß freilich als mittelbare Folge davon Ungiltigkeit der ganzen Disposition eintreten; Conradi l. l. §. 28 sq.

77) In der L. 9. D. *h. t.* trägt Ulpian eine Reihe von Fällen irrthümlicher Verfügungen vor, wobei der Irrthum bald als ein wesentlicher erscheint, bald der Disposition nicht im Wege steht. Zu den Fällen der ersten Art gehört einer, der zwar nur Vermächtnißbestimmungen betrifft, dennoch aber am ersten zur Erläuterung des hier Gesagten dienen kann: „si in re quis erraverit, utputa dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebit;“ L. 9. §. 1. D. *h. t.* Es beabsichtigte der Testirer, Jemandem eine Schüssel oder sonstiges Geschirr (in der deutschen Uebersetzung des corpus juris heißt es: eine

wechslung der Personen dadurch veranlaßt, daß man den Einen für den Anderen hält. Z. B. der Testirer will seinen Vater oder seinen Bruder zum Erben einsetzen; er hält dafür fälschlich den, bei welchem, oder mit welchem er erzogen ist, und setzt diesen ein. Einen solchen Fall scheint Ulpian vor Augen zu haben, wenn er schreibt: „Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit *in corpore hominis errans*, veluti: *frater meus*, *patronus meus*, placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est“[78]. — Das in corpore errans drückt hier, wie in anderen Fällen, aus: es findet ein Irrthum in Beziehung auf die Identität — des Subjects oder des Objects — Statt[79]. Also der Testirer, wenngleich

Lanze!) zu vermachen; statt dessen nennt er ein Kleidungsstück. Dies kann nicht auf einen Irrthum über die Eigenschaft der Sache bezogen werden, sondern nur auf ein Versehen der Art, wovon im Texte die Rede ist. — Uebrigens ist von mehreren dieser irrthümlichen Dispositionen bereits an einem anderen Orte des Commentars die Rede gewesen (Bd. 38. S. 439—445), und namentlich auch von einem Falle, wo die Entstehung eines Versehens fast noch schwieriger zu erklären ist, wie in dem obigen Falle, wenn nämlich der Testirer eine nicht beabsichtigte Bedingung der Erbeinsetzung beifüge; ebendas. S. 442 fg.

78) L. 9. pr. D. *h. t.*

79) S. z. B. L. 4. pr. D. *de leg.* — Diese Stelle enthält eigentlich drei verschiedene Beispiele; nach dem ersten ist die Disposition giltig, nach den beiden letzteren ist sie ungiltig: a) es wird die vermachte Sache nur unter einem unrichtigen Beinamen aufgeführt, dies schadet der Verfügung nicht („Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelia-

mit Namen und Persönlichkeit des von ihm eingesetzten Erben vielleicht wohl bekannt, hält denselben für einen ganz Anderen als er ist[80]. Indessen ist ein Irrthum dieser Art an und für sich noch nicht hinreichend, um die Erbeinsetzung schlechthin für ungiltig zu halten: es muß vielmehr der Testirer beabsichtigen, den einzusetzen, wofür er den Eingesetzten hält. Sonst steht die Verfü-

num pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus") ; b) es will der Testator den ihm wohl bekannten fundus Sempronianus vermachen, er nennt aber aus Versehen einen anderen. In diesem, mit dem unsrigen analogen Fall, kann die Disposition nicht gelten. („Sed *si in corpore erravit*, non debebitur." S. *Scipio* Gentilis de errorib. testamentor. cap. XI. opp. T. I. p. 54 sq. und p. 62 sq.) ; c) der Testirer verbindet mit einem Ausdruck eine Bedeutung, welche demselben nach allgemein anerkannten und feststehenden Regeln der Sprache durchaus nicht zukommen kann. Auch in diesem Falle ist die Verfügung unwirksam. („Quodsi quis, quum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet, veri appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia." Vgl. L. 7. §. 2. D. *de supell. leg.* XXXIII. 10. Ferandi Adcluensis explication. Lib. I. C. 31. in Otto thes. jur. civ. T. II. p. 539. Averanii interpr. jur. Lib. I. c. 18. §. 1. J. C. Lange Versuch eines Begründungslehre des Rechts §. 46. Note c.

80) *Scip.* Gentilis de errorib. test. c. I. (opp. T. I. pag. 4.

gung unter dem Grundsatz: **falsa causa non nocet**, d. h. die Einsetzung ist giltig, wenn nicht bewiesen wird, daß der Irrthum des Testirers das einzige Motiv der Erbeinsetzung war [81]). Dies gilt denn natürlich auch von dem Falle, wenn der Testirer zur Bezeichnung seines persönlichen Verhältnisses zu dem von ihm eingesetzten und auch wirklich gemeinten Erben einen unpassenden, oder doch nicht gewöhnlichen Ausdruck wählt [82]), obwohl auch eine solche Bezeichnung in einer ursächlichen Verbindung mit der Erbeinsetzung stehen kann, in welchem Falle allerdings der Beweis zugelassen werden muß, daß ein Irrthum dabei zu Grunde liege, und der Testirer lediglich dadurch zu seiner Anordnung bestimmt worden sey. Aus diesem Gesichtspuncte erklärt man auch wohl die **L. 7. C.** *h. t.*, worin die Kaiser Diocletian und Maximinian in folgender Art rescribirten: „**Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Quum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditatis, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi Praeses provinciae curae habebit.**“ Es soll dabei

81) S. oben Not. 73 a. E. und Not. 74.

82) So schadet es der Erbeinsetzung nicht, daß der Testirer, um dem eingesetzten Erben seine Liebe und Anhänglichkeit zu beweisen, denselben seinen Bruder nennt. (**L. 58. §. 1. D.** *h. t.* „**Qui frater non est, si fraterna caritate diligitur, recte cum nomine suo sub appellatione fratris heres institututur.**“) Ferner gehört hieher ein Rescript Gordians, oder **L. 5. C.** *h. t.* „**Non ideo minus uxor tua jure heres videtur instituta, quod non uxor, sed affinis testamento nominata est.**“

vorausgesetzt werden, daß der Testirer lediglich durch seine falsche Rechtsansicht zu seiner Disposition veranlaßt worden sey, was denn freilich der Sohn beweisen müsse [83]). Indessen enthält die Stelle nicht das Geringste von einer solchen Voraussetzung oder einem darauf zu richtenden Beweise, die Kaiser sagen vielmehr geradezu: der s. g. Adoptivvater könnne den ihm zugewandten Erbtheil nicht behalten, weil das Beginnen des Testirers ein verfehltes, ein rechtlich unzuläßiges sey. Es hat die Entscheidung ihren Grund nämlich darin, daß Peregrinen von römischen Bürgern überhaupt nicht zu Erben eingesetzt werden konnten [84]). Dies, scheint es, hatte der Testirer dadurch möglich machen wollen, daß er einen Peregrinen als Bruder adoptirte, wogegen denn die Kaiser erklären: die Adoption als Bruder könne bei fremden eben so wenig erfolgen, als bei Römern (oder in Rom); die vorgenommene Adoption, so wie die darauf gegründete Erbeinsetzung sey mithin affectlos [85]).

83) S. Averanii interpr. jur. Lib. V. c. 19. §. 8. — Auf ähnliche Art erklärt Westphal Theorie d. röm. R. von Testamenten §. 362. Ja auch durch die Scholien zu den Basiliken (ad h. l. T. IV. p. 795 sq.) erhält diese Erklärung eine Stütze. Indessen spricht doch zu Vieles dagegen, als um sie auf eine bloße Autorität hin anzunehmen.

84) L. 6. §. 2. D. *h. t.* L. 1. C. *eod.* — Vrgl. Gaji inst. II. §. 285.

85) S. *Franc. Ram. del* Manzano ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. c. 16. Nr. 12. (in Meerm. thes. jur. civ. et can. Tom. V. b. p. 176) — Daß übrigens eine Adoption als Bruder den Grundsätzen des Civilrechts zuwider laufe, mithin unstatthaft sey, darf man gewiß annehmen, ungeachtet dessen, was dagegen in der Diss.

§. 1443.

Von dem s. g. mystischen Testamente.

Es braucht der Name des Erben im Testamente nicht ausgedrückt zu seyn, sondern der Testirer kann dieserhalb auf eine andere Schrift verweisen[86]). Der Möglichkeit einer solchen Erbeserinnerung steht auch die Regel nicht entgegen, daß die **heredis institutio** in einem förmlichen Testamente geschehen müsse, indem die Einsetzung selbst in dem Testamente erfolgt, die Nennung des Namens aber dazu nicht nothwendig gehört, vielmehr jede kenntliche Bezeichnung oder Hinweisung genügt[87]).

von *C. L.* Crell de adoptione in locum fratris non monstrosa. Vit. 1755. gesagt wird. Die L. 42. pr. D. *de bonis libertar.* (XXXVIII. 2.), auf die man sich wohl berufen hat, spricht nicht von der Adoption als Bruder (oder an Bruders Stelle), sondern von dem Fall, wenn ein Bruder den anderen abrogirt. Dagegen ließ sich schwerlich etwas erinnern, und es ist nicht nöthig diese Stelle aus L. 58. §. 1. D. *h. t.* (s. die Note 82) zu erklären, wie ich noch in dem Lehrb. d. Pand. (§. 551. Not. 2. a. E.) mit v. Buchholz (jurist. Abhandl. Nr. 15. S. 209 fg. Not. 10.) angenommen habe.

86) L. 10. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.) L. 77. D. *h. t.*

87) L. 9. §. 8. D. *h. t.* — L. 58. pr. *eod.* L. 77. *eod.* „*quem heredem codicillis fecero, heres esto*; — — institutio valet ideo, quod, licet codicillis dari hereditas non possit, *tamen haec, ex testamento dari videtur.*" — L. 10. D. *de condit. instit.* — — „nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est, verum conditionalis est haec institutio, quae testamento data esset."

Ein solches Testament nun nennt man ein mystisches[88]); da indessen das Nähere hierüber, so wie über die Frage: ob sich eine mystische Erbeinsetzung mit einem mündlichen Testamente vertrage? bereits an einer anderen Stelle dieses Commentars vorgetragen ist[89]), so wird eine Verweisung darauf genügen.

§. 1444.

3) Verbot der captatorischen Erbeinsetzungen*).

Erbschleicher und ihre vielfachen Künste waren auch bei den Alten so verachtet, wie sie es verdienen[90]). Für

88) Man pflegt jede testamentarische Verfügung so zu nennen, wobei der Bezeichnung des Subjects oder des Objects wegen auf eine andere Schrift verwiesen ist (s. A. D. Webers Erläut. der Pand. nach Hellfeld Bd. II. §. 1443.); vorzugsweise aber diejenige, wobei sich eine solche Hinweisung in Ansehung des Erben findet.

89) S. Bd. 35. d. Comment. S. 14—24.

*) S. *Chr.* THOMASII Diss. de captatoriis institutionib. Hal. 1697. *Corn. v.* BYNKERSHOEK opusc. de captatoriis institutionib. (opp. omn. T. I. p. 359 sq.) *Aug. de* LEYSER med. ad Pand. Sp. 375—377. (de heredipetis et eorum artibus.) MUELLER observ. ad LEYSER obs. 582. (T. IV. Fasc. I. pag. 90 sq.) *Greg.* MAJANSII Disp. de senatusconsulto probibente dispositiones captatorias (in Disp. jur. civ. T. II. Nr. XXXV.) Thibaut in den Versuchen Bd. I. Nr. 4. M. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (oder: Versuche im Gebiete des Civilr. Bd. II.) §. 66. S. 295 fg.

90) Die zahlreichen Erwähnungen derselben bei den Klassikern geben davon Zeugniß. Mehrere Stellen, worin die Erb-

die Gesetzgebung war es schwer, ihnen mit Erfolg entgegenzutreten, da die hier zu beurtheilenden Handlungen meistens im Verborgenen geübt werden, jedenfalls aber die Motive derselben selten mit der Sicherheit zu erkennen und festzustellen sind, als die juristische Bestimmtheit dies erfordert. Man kann durch ein freundliches und zuvorkommendes Wesen, durch häufige Besuche, durch Pflege bei Krankheiten, durch kleine Geschenke, durch tausend Aufmerksamkeiten und Gefälligkeiten, wie sie unter einander nahe stehenden Personen vorzukommen pflegen, doch am Ende blos Freundschaft, Liebe und Achtung an den Tag legen wollen, ohne dabei auch nur entfernt durch eigennützige Absichten geleitet worden zu seyn. Und wenn auch Alle, die sehen was geschieht, das Gegentheil glauben, — wie oft legt nicht das Gerücht den besten Handlungen der Menschen selbstnützige Motive unter. Selbst aber, wenn die erbschleicherische Absicht klar zu Tage läge, wie will man dieser mit Sicherheit anders entgegentreten, als durch ein Gesetz, welches die Erbeinsetzung Derer geradezu verbietet, welche durch auffallende Zuvorkommenheiten gegen den Testirer den Verdacht unerlaubter Absicht erregt haben! Gewiß wird aber Niemand ein Gesetz billigen, das der Dispositionsfreiheit so große Fesseln anlegt und die unversiegbare Quelle gerichtlicher Streitigkeiten werden würde. Zu läugnen ist indessen nicht, daß die Gesetzgebung in Rom hier wohl etwas weiter hätte gehen können, als geschehen ist. Zwar wurde anerkannt,

schleicher geschildert oder mit der Geißel der Satyre verfolgt werden, haben gesammelt SCHULTING in not. ad L. 70. D. *h. t.* (not. ad Dig. T. V. p. 69.), BYNKERSHOEK a. a. O. cap. II. LEYSER sp. 375. m. 4. u. 5. u. A.

daß ein durch Dolus erschlichenes, so wie ein durch Zwang bewirktes Testament dem Betrüger nicht zu Gute kommen solle [91]); allein für Dolus konnte eine geflissentliche Bemühung, sich bei dem Testirer in Gunst zu setzen, nicht gelten, und selbst ein durch Ueberredung und zudringliches Anhalten bewirktes Testament galt für ein rechtbeständiges [92]). Indessen einer Art von Erbschleicherei, worauf der Begriff von dolus genau genommen nicht immer paßte, suchte man, wenigstens auf indirectem Wege, zu begegnen [93]). Zu den Mitteln, welche man

91) Dasselbe galt natürlich auch von einer durch Dolus oder Zwang bewirkten Verhinderung des Testirers, ein Testastament zu errichten, oder zu ändern. Auch davon hatte der hinterlistig oder gewaltsam Handelnde (z. B. der Intestaterben, oder der in einem früheren Testamente eingesetzte Erbe) keinen Vortheil. Vrgl. L. 1. L. 2. §. 2. D. *si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit.* (XXIX. 6.) L. 2. C. *eod.* L. 19. D. *de his, quae ut indiquis aufer.* (XXXIV. 9.) — Vrgl. Not. 93.

92) L. 3. D. *si quis aliquem test. proh.* L. 3. C. *eod.* Die Praxis achtet jedoch ungestüme Zudringlichkeiten einem Zwange gleich; s. Bd. 38. d. Comment. S. 185. Note 9.

93) Auch den eigentlichen Dolus und Zwang, wodurch sich Jemand ein Erbrecht zuzuwenden oder zu erhalten sucht, stellen die Römer unter den Gesichtspunct der captatio hereditatis; (L. 1. pr. D. *si quis aliquem test. prohib.* „Qui, *duem captat hereditatem* legitimam vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire" u. s. w.) Insoferne hat also Leyser ganz Recht, wenn er unter den gegen Erbschleichereien ergriffenen Maßregeln auch die darauf sich beziehenden Vorschriften erwähnt; med. ad Pand. Sp. 375. m. 6—10. Offenbar aber dehnt er den Begriff zu weit aus, wenn er auch die Fälschungen, die unter das Verbot des senatusconsultum Libonianum

häufig anwandte, um sich in den Testamenten reicher Personen bedacht zu sehen, gehörte wie es scheint auch das, daß man selbst ein Testament errichtete, und in demselben Jemanden unter der Bedingung honorirte, wenn man auch von diesem bedacht werden würde, — wobei denn natürlich für die Bekanntwerdung dieser Disposition Sorge getragen wurde [94]). Die Absichtlichkeit, um nicht zu sagen Plumpheit dieses Verfahrens, ließ sich leicht hinter dem Vorgeben verhergen, den Anderen prüfen zu wollen, ob er wohl so viele Liebe für den Disponenten hege, als dieser ihm beweise; wer sich eines solchen Mittels bediente, verstand es auch, den rechten Mann zu wählen, und schmeichelte sich dieser, wie die meisten Menschen, mit der Hoffnung einer recht langen Lebensdauer, so verfehlte der Erbschleicher wohl selten seinen Zweck. Hierin nun zunächst knüpft das Gesetz (wovon sogleich mehr gesagt werden soll) seine Bestimmung: es wird dem Getäuschten die Aussicht entzogen, daß die anscheinend zu seinen Gunsten getroffene Disposition je-

fallenden Handlungen und jeden unerlaubten Einfluß auf ein fremdes Testament dahin rechnet; siehe ebendaselbst med. 12 sq.

94) Daß man wenigstens den Kunstgriff häufig anwandte, den zu beschenken oder im Testamente zu honoriren, welchen man selber zu beerben gedachte, wenn man auch nicht gerade die reciproke Berücksichtigung zur Bedingung machte, dies ergiebt sich aus mehreren Aeußerungen der Classiker; m. s. z. B. MARTIALIS epigr. Lib. VIII. 27.

Munera qui tibi dat locupleti, Gaure, senique
Si sapis et sentis, hic tibi ait: morere

Vrgl. auch CONNANI comment. jur. civ. Lib. X. c. 6. Nr. 6.

in Wirksamkeit treten könne, und daher die captatorische Verfügung geradezu für ungiltig erklärt. Dies geschah durch ein Senatusconsult, von dem wir weder Namen, noch Urheber, noch Entstehungszeit kennen[95]), und dessen Inhalt uns wahrscheinlich auch nur unvollständig referirt wird. Die Hauptstelle, worin desselben erwähnt wird, ist aus dem sechsten Buche der Responsa Papinians genommen[96]), und lautet also: „Captatorias institutiones non eas senatus improbavit[97])', quae mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quorum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis.“ Zuvörderst wird hier anerkannt, daß ein gegenseitiges Honoriren an sich nichts Unerlaubtes sey, soferne nur angenommen werden dürfe, daß gegenseitiges Wohlwollen dazu Veranlassung gegeben habe[98]). Unstatthaft seyen

95) Daß es weder das Senatusconsultum Libonianum sey, auch, wie Manche annehmen, die hier zur Frage stehende Vorschrift in der Lex Julia et Papin. Poppeam enthalten gewesen sey, zeigt Bynkershoeck a. a. O. cap. I.

96) L. 70. D. *de hered. instit.*

97) Bynkershoeck (l. l. cap. 3.) glaubt, daß so interpungirt werden müsse: „*Captatorias institutiones*, non eas senatus improbavit“; u. s. w., indem sonst in dem Satze eine contradictio in adjecto liegen würde. Indessen läßt sich füglich die Stelle so übersetzen: als captatorische Einsetzungen betrachtet der Senat nicht diejenigen, u. s. w. Vergl. Mueller l. l. p. 92. Not. t. aber auch Thibaut a. a. O. Not. 19., welcher den Vorschlag von Bynkershöck billigt.

98) Hierauf gehen die Worte: mutuis affectionibus judicia provocaverunt; Connanus l. l. T. II. p. 370. Byn-

nur solche Verfügungen, „quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis," d. h. die Disposition muß sich auf etwas noch Ungewisses und Verborgenes, mithin auf das noch nicht vorhandene Testament einer Person beziehen, deren Liberalität der Disponent gewissermaßen herausfordert [99]). Ganz deutlich wird auch

kershoeck l. l. c. 3. pag. 363. Pothier in not. ad h. l. (Nr. 43.) Eine affectio, ein Wohlwollen des Testirers gegen den Honorirten wird immer vorausgesetzt werden dürfen, und so wollen denn jene Worte eigentlich nur sagen: diejenigen Verfügungen sind ungiltig, welchen die Absicht zu Grunde liegt, sich einen Vortheil zuzuwenden. Daß testamenta reciproca also nicht unter den Begriff der captatorischen Dispositionen fallen, ergiebt sich hieraus schon, auch davon abgesehen, daß darauf die Worte: conditio confertur ad secretum alienae voluntatis (s. die folg. Note) durchaus nicht passen. Unbegreiflich ist es daher, wie Leyser die gegenseitigen Testamente und pacta successoria zu den captatorischen rechnen kann (spec. 375. m. 18. in f. sp. 376. m. 17.), was auch schon von Anderen gerügt ist. S. Mueller obs. ad Leyser l. l. p. 91 sq. Sell a. a. O. S. 295. Note 3.

99) *Ant.* Augustini emendation. et opinion. Lib. IV. c. 15. (bei Otto thes. jur. Rom. T. IV. pag. 1549.) Cujacius in Papiniani resp. Lib. VI. ad h. l. Bynkershoeck l. l. c. 4. (p. 364.) Majansius in diss. cit. §. 3. — Aehnliche Ausdrücke zur Bezeichnung eines Testaments finden sich in L. 41. pr. in f. D. *ad Leg. Aquil.* (IX. 2.) und in L. 3. C. *de codicill.* (VI. 36.) — Vrgl. noch Thibaut a. a. O. Note 7, welcher übrigens ohne Grund die Erklärung Bynkershöck's u. A. es bedeute soviel als Testament, tadelt, indem sich aus dem Zusammenhange leicht ergiebt, daß diese Schriftsteller hier an ein noch nicht errichtetes Testament denken. — Eine

in anderen Stellen anerkannt, daß als captatorisch eine Verfügung nicht betrachtet werden könne, wenn sie sich auf ein bereits errichtetes Testament bezieht. So sagt Paulus[100]: **Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti si ita heredem quis instituat:** ***qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Mevius*[1]) *heres esto*;** **quia in praeteri-**

durchaus unrichtige Erklärung der Worte, und somit auch überhaupt der captatorischen Erbeinsetzungen, giebt Leyser, indem er darunter diejenigen versteht, denen die Bedingung angehängt ist, daß der Captirte seinen letzten Willen noch bei seinem Leben bekannt mache. Eine solche Bekanntwerdung habe man zu verhüten gesucht, weil dadurch ein in dem letzten Willen Honorirter leicht habe verleitet werden können, dem Erblasser Gefahren zu bereiten, wogegen die schlechthin nur unter der Bedingung, von Jemand im Testament bedacht zu werden, erfolgte letztwillige Verfügung für zuläßig gehalten worden sey. (Med. ad Pand. Sp. 375. m. 18. Sp. 376. m. 8.) S. dagegen *Mich. Godofr.* Wernher lectiss. comment. in Pand. h. t. §. 18. T. II. p. 630. Mueller ad Leyser l. l. p. 98 sq. — Indessen hat man auch noch in neuester Zeit den Gedanken wieder vertheidigt, es seyen die captatorischen Dispositionen darum ungiltig, weil bei denselben die Bedingung darauf gestellt werde, daß der zu Captirende den Inhalt seines Testaments bekannt mache. So in Bilderdyk observat. et emendat. Lugd. Bat. 1820. Lib. 2. c. 1. u. *L. W.* Bruyner Diss. de capt. institutionib. ibid. 1823., welche beide Schriften ich übrigens nicht habe erhalten können. S. gegen diese Ansicht Sell a. a. O. S. 304 fg.

100) L. 71. pr. D. *h. t.* — Ein anderes Beispiel s. in L. 2. pr. D. *h. t.*

1) Ueber die Lesart s. unten zur Note 14.

tum, non in futurum institutio collata est [2]). Dies ist auch der Sinn einer anderen Stelle, welche also lau-

2) Dabei konnten freilich noch andere Puncte zur Frage kommen, so der, ob die Giltigkeit davon abhängt, daß der Disponent in dem Testamente des Anderen auf gleiche Art honorirt sey; namentlich ob er in demselben Grade eingesetzt, ob ihm dasselbe Quantum hinterlassen seyn müsse? Beides wird verneint in der L. 20. §. 2. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.) „si quis te heredem ita instituit: *si se heredem instituisses, aut quid sibi legasses*, nihil interest, quo gradu is a te heres institutus, vel quid ei legatum sit, dummodo aliquo gradu id te fuisse probes.“ Vrgl. Bynkershoeck l. l. c. 9. p. 369. *Jo.* Jensii ad Iustin. Cor. ac Pand. stricturae pag. 190. — Von selbst versteht sich aber, daß hierbei stets der ausdrücklich erklärte oder mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmende Wille des Disponenten zu berücksichtigen ist. In einem von Quinctilian (Declam. 332.) referirten Falle hatte ein reicher Mann seinen Freund zum Universalerben eingesetzt, und außerdem verfügt, daß ein Armer soviel erhalten solle, als dieser ihm zugewandt hatte. Nach dem Tode des Reichen ergiebt es sich, daß der Arme denselben zum Universalerben eingesetzt hat. Darum nimmt er denn die ganze Verlassenschaft des Reichen in Anspruch. In diesem Falle konnte derselbe aber nur das Quantum erhalten, das er dem Reichen zugewandt hatte. Siehe Leyser a. a. O. sp. 376. med. 9. — Eine andere Frage war: wenn Jemand auf das Testament Mehrerer Bezug nimmt, indem er bestimmt: wieviel Jeder derselben ihm hinterlassen habe, soviel sollten dieselben auch aus seinem Testamente erhalten, und sich nun findet, er sey nur von Einem honorirt, — ob alsdann die ganze Disposition ungiltig sey? Entschieden wird: die Verfügung gelte für den, welcher den Disponenten honorirt habe; L. 29. D. *h. t.* Bynkershoeck l. l. c. 9.

tet[3]): „Si ita scripserit testator: *quanta ex parte me a Titio heredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius mihi heres esto*; plane nullo recitato testamento ab ipso testatore inanis videbitur institutio, remota suspicione captatoriae institutionis." — Nach dem Glossator Johannes soll diese Disposition darum keine captatorische seyn, weil der Testirer nicht den, auf dessen Testament er sich bezieht, sondern einen Dritten (den Sempronius) zum Erben einsetzt[4]). Indessen dies ist durchaus falsch, da, wie weiter unten gezeigt werden wird, auch die Honorirung eines Dritten als eine captatorische erscheinen kann. Eben so wenig Beifall verdient es, wenn man die Dispositionsworte so liest: quanta ex parte a me Titium heredem institutum recitassem u. s. w.[5]); denn ist es auch möglich, daß ein Testirer den Gedanken: Titius und Sempronius sollen zu gleichen Theilen Erben seyn, so ausdrückt, wie hiernach angenommen werden müßte, so passen doch dazu die Schlußworte (remota suspicione captatoriae institutionis) durchaus nicht. Es ist daher die Stelle von einem (wenigstens nach der Meinung des

3) L. 81. §. 1. D. *h. t.*

4) S. *Gl. Acc. remota* ad h. l. Eben so unhaltbar sind die anderen in der Accursischen Glosse gegebenen Erklärungen. — Auffallend ist, daß auch Ant. Augustinus die Erklärung des Johannes billigt; jedoch mistraut er derselben offenbar, indem er hinzufügt, daß das Nichtvorhandenseyn einer Captation alsdann gar keinen Zweifel leide, wenn der Testirer sich auf ein bereits errichtetes Testament beziehe (l. l. p. 1548).

5) So liest die Vulg. Die neuesten Ausgaben enthalten hier den Florentin. Text.

Disponenten) bereits errichteten Testament des Titius zu verstehen, was auch nach den Worten kaum anders möglich ist, indem ein tempus praeteritum (recitassem) gebraucht ist [6]). Hiernach wollte also der Testirer sagen: Auf soviel ich in dem von mir verlesenen Testamente des Titius zum Erben eingesetzt bin, auf eben soviel setze ich den Sempronius ein; und der Jurist fügt hinzu: wenn der Testirer das Testament, worauf er sich bezieht, nicht verlesen hat, so gilt seine Disposition nicht, aber captatorisch ist sie keineswegs [7]). Damit stimmt denn auch sehr wohl eine Stelle aus Julians Digesten [8]) überein,

6) Allerdings ist der Gebrauch des Plusquam perfecti conjunctivi (statt des Perfecti indicativi) auffallend, und Jensius benutzt daher auch diese Stelle zur Unterstützung seiner Conjectur, daß die Pandekten, welche wir gegenwärtig kennen, nur eine Reversion aus dem Griechischen seyen (stricturae p. 187). Jedenfalls ist es klar, was der Jurist sagen wollte.

7) *Scipio* Gentilis de errorib. testam. c. 6. in f. (opp. T. I. pag. 28.) Bynkershoeck l. l. c. 8 pag. 368. Mueller l. l. p. 95 — 98. — Im Ganzen stimmt hiermit auch überein Cujacius ad Jul. Paulli Quaest. Lib. IX. ad h. l. u. observat. Lib. XVI. obs. 11. Doch will er hier noch zwischen der Einsetzung und dem Verlesen des Testaments einen Unterschied gemacht wissen; jene soll in der Vergangenheit liegen, diese aber auf die Zukunft zu beziehen seyn. Indessen ist diese Erklärung weder nöthig, indem ja keineswegs die Bekanntmachung des Inhalts eines Testaments beim Leben des Erblassers verboten war (Sell a. a. O. S. 306 fg. Nr. 3), noch stimmt sie mit dem Wortverstande überein. Ja, wäre Letzteres der Fall, so würde die Giltigkeit der Verfügung manchen Zweifeln ausgesetzt seyn. S. Bynkershoeck l. l. p. 368.

8) L. 1. D. *de his, quae pro non scr. hab.* (XXXIV. 8.)

worin die Frage aufgeworfen wird: ob eine von dem Honorirten selber niedergeschriebene Verfügung für ungiltig (pro non scripta zu halten) sey, oder (diese Frage wird dabei wenigstens vorausgesetzt) ob das dadurch Zugewandte an das Aerarium komme? „Der Jurist nimmt nun Ersteres an, indem er bemerkt: nam Senatus, quum poenas legis Corneliae statueret adversus eum, qui sibi hereditatem vel legatum scripsisset, eodem modo improbasse videtur, quo improbatae sunt illae: *qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto*, ut perinde haberentur, ac si insertae testamento non fuissent." Das recitaverit ist nämlich das futurum exactum, folglich auf eine zur Zeit der captatorischen Disposition noch nicht geschehene Handlung zu beziehen, so daß also diese Verfügung eine ganz andere ist, wie diejenige, wovon in der L. 81. §. 1. D. *h. t.* die Rede ist [9]).

Für captatorisch gilt aber auch die Verfügung, wenn gleich die Bedingung nicht auf die Person des Disponenten, sondern auf einen Dritten gestellt ist. „Sed illud quaeri potest, an idem servandum sit, quod Senatus censuit, etiamsi in aliam personam captationem direxerit, veluti si ita scripserit: *Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto*: quod in sententiam senatusconsulti incidere non est dubium" [10]). Es liegt also hierbei keineswegs der

9) Majansius in Diss. cit. §. 9. Sell a. a. O. S. 302—305.

10) L. 71. §. 1. D. *h. t.*

Gesichtspunct zu Grunde, daß der Inhalt eines letzten Willens nicht von eines Anderen Willkühr abhängig gemacht werden dürfe [11]), sondern lediglich der, daß der Disponent eben so gut dabei interessirt seyn kann, einen Dritten (z. B. seinen nahen Verwandten, Freund u. s. w.) in dem Testamente des Captatus berücksichtigt zu sehen, als sich selber, wobei sich dann aber wiederum von selbst versteht, daß ein solches Motiv nicht gerade offen vorliegen müsse, sondern der Ausdruck der Bedingung genüge, indem es ja sonst an einem äußerlich erkennbaren und mit Sicherheit anzuwendenden Merkmale captatorischer Dispositionen fehlen würde [12]). — Zweifelhafter könnte es eher seyn, ob auch die Einsetzung eines Anderen, als dessen, den man zu einer Disposition zu bestimmen sucht, für captatorisch gehalten werden dürfe? Z. B. A. sagt: ich setze den C. zum Erben ein, wenn der B. mich einsetzen wird. Indessen kann ja hier ebenfalls ein rein captatorisches Motiv zu Grunde liegen, wenn man nämlich einen von dem, den man zu der Disposition zu bestimmen sucht, begünstigten Menschen, z. B. dessen Sohn, einsetzt, welches selbst von denen zugegeben wird, welche sonst eine von einem solchen Falle redende Stelle anders

11) Diese Verwechslung findet sich bei den Glossatoren ad L. 70. u. ad L. 71. pr. u. ad L. 81. §. 1. D. *h. t.* S. dagegen *Ant.* Augustinus l. l. p. 1549. *H.* Donellus in comment. jur. civ. Lib. VI. c. 19. §. 18. 19. Zum Theil leitet das Verbot captatorischer Einsetzungen daraus auch her Sell a. a. O. S. 296.

12) S. Basilicar. interpr. huj. l. in f. T. IV. p. 795 (ad *Fabr.*) Bynkershoek l. l. c. 7. Jensii stricturae p. 180.

interpretiren [13]). Es ist dies die oben bereits angeführte **L. 71. pr. D.** *h. t.*, worin Paulus die Einsetzung: **qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte** *Mevius* **heres esto**, darum für nicht captatorisch erklärt, weil hier die Bedingung auf die Vergangenheit, nicht auf die Zukunft bezogen werde; hieraus folgt nämlich per argumentum a contrario, daß diese Disposition für captatorisch zu halten ist, wenn die Bedingung auf ein noch nicht errichtetes Testament bezogen wird. Jedoch halten sehr bedeutende Juristen die Lesart *Mevius* für falsch, und wollen dafür lesen: **mihi**, oder **meus**, so daß also der Sinn wäre: auf eben soviel als Titius mich zum Erben eingesetzt hat, soll er auch mein Erbe seyn [14]); und gewiß ist nicht zu läugnen, daß die Aenderung an und für sich auf sehr nahe liegenden Gründen beruht, da entweder die Sigle **M.** (für **mihi**), oder der Buchstabe **m.** (für **meus**) falsch aufgelößt, oder (was noch näher liegt) aus **meus** von dem späteren Abschreiber **Mevius** gemacht seyn kann. Auch könnte es auffallen, daß Paulus, welcher doch nur lehren wollte, daß eine auf die Vergangenheit bezogene Bedingung keine captatorische sey, dazu gerade ein solches Beispiel wählte, wobei auch noch ein anderer Zweifel entstehen konnte. Indessen nöthig ist die Emendation auf keinen Fall und bestätigt wird die Lesart durch die Basiliken [15]). Ueberdies finden wir

13) So Bynkershoeck l. l. cap. 6.

14) S. hierüber Bynkershoeck l. l. cap. 6. p. 366. und andere bei Schulting not. ad Dig. T. V. p. 69 sq. angef. Schr.

15) S. die Basiliken a. a. O., wie die Erbeinsetzung nach der Uebersetzung so ausgedrückt wird: „Qua ex parte me

noch zwei ähnliche Beispiele in unseren Quellen, welche zwar ebenfalls eine Beziehung auf ein früheres Testament enthalten, allein auch auf gleiche Weise einen sicheren Schluß auf das Gegentheil zulassen[16]).

Hiernach wird also der Begriff einer captatorischen Einsetzung[17]) so gefaßt werden dürfen: sie ist vorhanden, wenn Jemand unter der Bedingung zum Erben eingesetzt wird, daß er oder eine dritte Person den Testirer oder einen Dritten einsetzen werde[18]). Die Wirkung einer solchen Einsetzung ist nicht etwa die, daß nur die Bedingung pro non scripta zu achten ist[19]), sondern daß

Petrus heredem scripsit, ex ea mihi Paulus heres esto." — *J.* Cujacius in obs. jur. Rom. Lib. XVI. c. 11. Vrgl. *H.* Donelli comment. jur. civ. L. VI. c. 6. §. 20.

16) L. 2. pr. L. 81. §. 1. D. *h. t.* S. oben die Note 7. u. die dazu angf. Schr.

17) Uebrigens gilt, was von captatorischen Einsetzungen gesagt ist, auch von captatorischen Vermächtnißbestimmungen; L. 64. D. *de leg.* I. „Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent."

18) Die Richtigkeit dieser Begriffsbestimmung ergiebt sich aus den bisherigen Ausführungen. S. auch Voet comment. ad Pand. *h. t.* §. 28. Schweppe das röm. Privatr. in seiner heut. Anwendung. Bd. V. §. 797. (d. 4. Ausg.) Weber Erläut. der Pand. Bd. 2. §. 1444. Wening Lehrb. Bd. 3. §. 459. (§. 77.) d. 5. A. Nur der Fassung nach nicht, wohl aber in der Sache stimmen damit die Erklärungen überein bei Bynkershoek l. l. cap. 4. Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. p. 391 sq. Thibaut a. a. O. Not. 7. Sell a. a. O. S. 297 u. A.

19) Gegen diese Meinung siehe insonderheit Bynkershöck

die captatorische Einsetzung selbst nicht gilt. Dabei entstehen denn noch folgende Fragen:

1) Wie wenn die Bedingung der Honorirung nicht ausgedrückt ist, wohl aber der Disposition die Absicht der Erbschleicherei zu Grunde liegt? Ließe sich diese mit einer, für den juristischen Beweis hinreichenden Bestimmtheit erkennen, so dürfte es wohl unbedenklich seyn, das Verbot auch hierauf anzuwenden, indem eine in fraudem legis geschehene Handlung nicht weniger unter das Gesetz fällt, als wenn dasselbe buchstäblich übertreten ist. Allein wie will man eine solche Absicht erkennen? Möglich ist es, daß eine subjektive oder s. g. moralische Ueberzeugung hierüber bei Allen vorhanden ist, welche die Personen und deren Verhältnisse, so wie insonderheit die Gesinnung und Handlungsweise des Captanten genau kennen, — für den Richter giebt es hier kein sicheres Mittel, das wahre Motiv einer solchen Handlung vollständig zu erforschen und für Jederman erkennbar zu machen. Wohl können die Umstände von der Art seyn, daß sich eine zum juristischen Beweise hinreichende überwiegende Wahrscheinlichkeit herausstellt: es sey dem Testirer mit seiner Disposition kein Ernst gewesen (siehe weiter unten Seite 223). Allein der Beweis, daß dabei die Absicht zu Grunde gelegen, sich einen Platz in

a. a. O. cap. 10. p. 370. — Es hätte sich allenfalls der Zweck des Senatusconsults auch erreichen lassen, wenn man nur die Bedingung für ungiltig, die captatorische Einsetzung selbst aber für unbedingt giltig erklärt hätte; indessen, sicherer konnte dies doch immer auf dem eingeschlagenem Wege geschehen, und überdies heißt es ausdrücklich: Senatus *improbavit* captatorias institutiones; captatoriae scripturae non *valent* u. s. w.

dem Testamente des Honorirten zu erschleichen, ist schwerlich bis zu einem solchen Grade zu erbringen [20]); ein Gesetz, welches einer Erbschleicherei dieser Art entgegenwirken wollte, müßte geradezu einem Armen es verbieten, den Reicheren im Testamente zu bedenken, oder Jedem es verbieten, den zum Erben einzusetzen, gegen welchen man ein auffallend zuvorkommendes Benehmen an den Tag legt. Ein solches Gesetz aber wäre noch weniger zu billigen, als dasjenige, welches die Einsetzung der Personen verbieten wollte, die den Verdacht der Erbschleicherei durch ihr Betragen gegen den Testirer auf sich gezogen haben [21]).

2) Wichtiger und streitiger ist die Frage: ob die zu Gunsten des Captanten in dem Testamente des Captirten enthaltene Verfügung gelte, oder nicht? Meistens wird die Frage bejaht [22]), und diese Meinung ist in einer besonderen Abhandlung von Thibaut vertheidigt [23]), dem die Neueren gewöhnlich gefolgt sind [24]). Bynkershöck

20) S. hierüber BYNKERSHOECK l. l. cap 5. p. 364 a. E. — „hamus enim ille tacitus, ut, qui a me scriptus est heres, exemplo meo provocatus, me quoque scribat, unice pendet a secreto animi; *potest ea fuisse causa institutionis, potest fuisse alia, quis tuto dixerit?*"

21) S. oben S. 206 fg.

22) S. MAJANSIUS Diss. cit. §. 14. WERNHER lectiss. comment. h. t. §. 18. in f. und die in den folg. Noten angef. Schr.

23) Thibaut Versuche I. Nr. 4.

24) S. z. B. Schweppe und Wening a. d. Note 18 a. O. Ferner Seuffert Lehrb. des pract. Pandektenr. Bd. 3. §. 536 a. E. Sell a. a. O. S. 308 fg. u. A.

aber nimmt das Gegentheil an, indem er übrigens zugiebt, daß die gemeine Meinung ihm entgegen sey[25]). Für die bejahende Ansicht streiten allerdings sehr erhebliche Gründe. Denn erstlich lesen wir nur, daß das Senatusconsult die captatorischen Verfügungen verboten habe, von einem Verbote der captirten ist in den uns erhaltenen Relationen nicht die Rede. Sodann wird ausdrücklich gesagt, daß eine auf die vorangegangene Disposition eines Honorirten sich beziehende Verfügung gelte, sogar wenn diese Beziehung als Bedingung ausgedrückt ist; scheint dies nun nicht viel eher als dann angenommen werden zu müssen, wenn der Erblasser sich über das Motiv seiner Disposition gar nicht erklärt? Ferner darf gesagt werden: das Gesetz gieng offenbar von der Ansicht aus, daß Captationen dieser Art nicht leicht Erfolg haben würden, wenn derjenige, auf dessen Testament es abgesehen sey, wisse, daß die zu seinen Gunsten gereichende Disposition des Captanten unwirksam sey[26]). **Thibaut** unterstützt diese Meinung insonderheit[27]) auch noch durch ein argumentum ab absurdo; da nämlich eine Verfügung auch alsdann eine captatorische sey, wenn die Bedingung nicht auf den ersten Disponenten, sondern auf einen Dritten gestellt sey, so würde man auf diese

25) l. l. cap. 10. — „Sed quid dicemus de institutione Titii per captationem elicita? Hanc valere, *plurimis interpretibus sedet.*" Dann folgt die Darlegung seiner Ansicht, wonächst er wieder bemerkt: „In alia omnia abivit Castrensis et reliqui fere omnes scholae veteris antistites."

26) Sell a. a. O. S. 308 fg.

27) Auf andere Einwendungen **Thibauts** soll weiter unten Rücksicht genommen werden.

Weise eine nicht gewünschte Disposition leicht vereiteln können, wenn man nämlich diese zur Bedingung mache[28]). Bleiben wir vorerst bei diesem Grunde stehen. — Es muß allerdings zugegeben werden, daß eine solche Verfügung der Form nach captatorisch ist. Allein wo die Umstände von der Art sind, wie hier angenommen wird, da darf man die Verfügung nicht mehr eine captatorische nennen; es fehlt hier entschieden der **animus captandi.** Dies Beispiel beweis't also, daß es sehr wohl möglich ist, aus der Art und den Umständen der Verfügung mit Sicherheit zu erkennen, es liege einer Disposition überall nicht die Absicht zu Grunde, Den zu begünstigen, auf welchen die Bedingung gestellt ist, und darum darf hier auch nicht blos darauf gesehen werden, daß die Disposition formell captatorisch ist. — Auf die ersten Gründe erinnert Bynkershöck im Wesentlichen Folgendes[29]): es könne die Lage des Betrügers nicht besser seyn, wie die des Betrogenen, und es sey in sich widersprechend, daß der Betrüger sich ein Recht durch seinen Betrug verschaffen könne, der Betrogene aber wider ihn im Nachtheile stehen solle; der Satz, die auf ein früheres Testa-

28) Thibaut führt dazu folgendes Beispiel an: „Setzen wir, A. hat einen Bruder B., der ihn ab intestato beerben würde. Er will ihn aber im Testament ausschließen, und dagegen C. D. E. F. einsetzen. B. hört davon und hilft sich in der Eile durch den ganz einfachen Kniff, daß er im Stillen ein Testament macht des Inhalts: **si frater amicos C. D. E. et F. heredes scripserit, heredem eum instituto.** Hat A. wirklich die vier Freunde eingesetzt, so fällt sein Testament über den Haufen, und B. ist, was er seyn wollte, alleiniger Intestaterbe."

29) **Bynkershoeck l. l. p. 370. a. a. E.**

ment sich beziehende oder dadurch veranlaßte Disposition sey giltig, müsse mit der Modification verstanden werden: sofern nicht die letzte Disposition eine hinterlistig herbeigeführte oder erschlichene ist. Diese Erwiederung sucht Thibaut durch die Bemerkungen aus dem Wege zu räumen: nicht immer liege der formell captatorischen Disposition die Absicht zu Grunde, sich einen Vortheil zu erschleichen [30], und nicht allemal sey der zuletzt Testirende durch die Captation zu seiner Verfügung bewogen [31]. Indessen der erste Grund beweis't zuviel; es

30) Thibaut a. a. O. Nr. 1. a. Hier ist folgendes Beispiel angeführt: „Wir wollen setzen, ein Bruder glaubt, er werde von dem anderen gehaßt. Der erste ist reich, und möchte dem letzten, der arm ist, gerne etwas zuwenden, wenn er nur wüßte, daß dieser ihn nicht haßte, soviel Liebe für ihn hätte, freiwillig ihm etwas in seinem letzten Willen zu hinterlassen. Thäte er das Letzte, so vermachte er ihm gern sein ganzes Vermögen; im umgekehrten Fall könnte er ihm um keinen Preis auch nur den kleinsten Theil desselben zuwenden. In dieser Gesinnung macht er eine captatorische Erbeinsetzung. Wo ist hier die captatio? Ich sehe nichts davon." — Ich allerdings auch nicht. Allein was soll damit bewiesen seyn? Würde nicht hieraus folgen, daß, wenn überhaupt der Inhalt eines positiven Gesetzes nach solchen Particularitäten bestimmt werden könnte, das Senatusconsult gegen die captatorischen Erbeinsetzungen überhaupt nicht hätte erlassen werden dürfen? Denn wenn darum, weil die formell captatorische Disposition auch ernstlich gemeint seyn kann, die dadurch veranlaßte gelten soll, so muß auch aus demselben Grunde jene selbst für giltig erklärt werden.

31) Ebendas. Nr. 6. „Wir brauchen (heißt es hier) nur das vorhergehende Beispiel zu Hülfe zu nehmen. Der reiche Bruder will wissen, was der arme freiwillig aus Liebe zu

würde daraus folgen, daß auch die äußerlich captatorische Disposition zu Recht bestehe, wenn der animus captandi nicht vorhanden sey. Indessen dies giebt Thibaut selbst nicht zu; auch würde, wenn man hierüber einen Beweis zulassen wollte, von dem Verbot captatorischer Einsetzungen überall keine sichere Anwendung möglich seyn. Was den zweiten Grund anbetrifft, so kann man immerhin den Fall, wenn der zweite Testirer zu seiner Disposition durch die frühere nicht verleitet ist (z. B. wenn ihm diese erweislich unbekannt geblieben ist) ausnehmen, ohne darum die Regel aufgeben zu müssen, daß auch die erschlichene Disposition dem Captanten nicht zu Gute komme. Und wenn endlich Thibaut meint: wäre auch der zweite Disponent wirklich der Betrogene, so irre er doch nur über das Recht, auf einen error juris aber dürfe sich Niemand berufen[32]): so liegt hierbei eine zu allgemeine, mithin unrichtige Anwendung der Regel:

ihm thun könnte, und setzt ihn unter der Bedingung ein, wenn diese freiwillige Handlung erfolgen wird. Ist er klug, so wird er den Inhalt seines Testaments möglichst verheimlichen, weil, wenn der Bruder damit bekannt wäre, Eigennutz die Stelle der Liebe vertreten könnte. Gesetzt nun, dieser thut freiwillig, was der andere wünscht: — wer kann sagen, daß unter diesen Umständen ein Theil den andern berücken wollte, und der andere wirklich berückt worden ist?" Gewiß nicht; und daß in dem Fall, wenn wirklich die Unkenntniß der früheren Disposition nachgewiesen werden könnte, die folgende gelte, ist von mir eben zugegeben. Aber soll darauf eine allgemeine Regel gegründet werden dürfen, so kommen wir consequenterweise wieder auf das Resultat, daß auch die frühere Disposition giltig sey. —

32) Ebendas. Nr. 2.

juris ignorantia non nocet, zu Grunde[33]). Es handelt sich hier ja nicht von einem Rechtserwerb des Captatus, sondern davon, ob der Captans durch seine Handlung einen Vortheil sich erwerben dürfe; dies aber ist nach den bestimmtesten Regeln über die Wirkung des **dolus** und der **mala fides** zu vereinen[34]). Nun hat es zwar seine Richtigkeit, daß nicht allemal ein Dolus im eigentlichen Sinne vorhanden ist, wenn Jemand eine Bedingung stellt, welche nach dem Senatusconsult für eine captatorische zu halten ist. Gehen wir aber davon aus: das Gesetz hat den Begriff von captatorischen Dispositionen eben darum so allgemein gefaßt, um den Erbschleichereien so bestimmt, wie dies durch Gesetze überhaupt möglich ist, entgegenzuwirken, so müssen auch die juristischen Folgen

33) S. meine Abhandl. über **juris** und **facti ignorantia**, im Archiv für civilist. Praxis Bd. II. §. 3. S. 376. § 4. §. 8. S. 418 fg. — Es darf hier auch wohl darauf aufmerksam gemacht werden, wie höchst unvollständig der Gesetzgeber auf die Erreichung seines Zwecks hingearbeitet haben würde, wenn er dem Erfolg captatorischer Disposition vorbeugen wollte, und dennoch die captirte Verfügung darum für giltig erklärt hätte, weil der wirklich Betrogene sich in einem Rechtsirrthum befinde. Denn gerade auf diejenigen, welche der Rechte unkundig sind, pflegt ein solcher Betrug nur berechnet zu seyn.

34) Der Grundsatz: **nemini dolus suus prodesse debet**, und: wer **mala fide** handelt, soll nicht besser daran seyn, als derjenige, gegen den er so handelt (**L. 1. §. 1.** ***de doli mali exc.*** **XIV. 4.**), wird in vielen Anwendungen anerkannt. S. z. B. **L. 36, §. 3. D.** ***de hered. petit.*** **(V. 3.) L. 4. §. 12. D.** ***de doli mali exc.*** **L. 1. §. 1. 2. L. 2. D.** ***si qui aliquem testari prohibuerit.***

davon immer die nämlichen seyn. Es ist hier ja nicht die Rede von einem Anspruch gegen den Captanten aus dessen Dolus, sondern nur davon, daß er keinen Vortheil dadurch erlange; dies konnte aber ohne Widerrechtlichkeit als Folge seiner Verfügung angenommen werden, ja es mußte dies geschehen, sollte anders das Gesetz seinen Zweck erreichen. Daß die von captatorischen Verfügungen handelnden Stellen dies nicht ausdrücklich bestimmen, kann gar nicht in Betracht kommen. Denn erstlich wird uns ja der Inhalt des Senatusconsults nicht vollständig referirt; sodann aber darf nicht angenommen werden, daß das Gesetz die allgemeinen Bestimmungen über die Bedingungen eines Rechtserwerbs, und insbesondere diejenigen, welche den Erwerb durch Testament betreffen, habe aufheben wollen, wenn es sich auch wirklich darauf beschränkte zu sagen: Captatorische Verfügungen sind ungiltig.

Aber ist denn die captirte Verfügung **pro non scripta** zu achten, oder kommt nur der Vortheil davon dem Captanten nicht zu Gute? Nimmt man Letzteres an, so würde das Hinterlassene als **ereptitium** vom Fiscus eingezogen werden, wie auch von Vielen behauptet wird[35]). Und in der That scheinen dafür die überwiegenden Gründe zu sprechen[36]), indem Erbschleicherei doch immer aus dem Gesichtspuncte eines dolosen Erwerbes

35) S. z. B. MAJANSIUS l. l. §. 14. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. 3. Buch V. §. 77. Doch erklärt sich der Herausgeber dieses Lehrb. (Fritz) in der Note a zu §. 459 (§. 77) wieder gegen diese Ansicht.

36) Zwar nicht die von Majansius a. a. O. angef. Stellen, welche Sell a. a. O. S. 310 fg. mit Recht für nichts beweisend erklärt; wohl aber andere. S. die folg. Noten.

zu betrachten ist, ein solcher Erwerb aber, wenn er die Succession eines Verstorbenen zum Gegenstand hat, stets dem Fiscus zufallen soll[37]). Zwar knüpft das Gesetz das Merkmal captorischer Verfügungen an eine Handlung, welche zum Beweise des Dolus nicht genügt; allein nach der gesetzlichen Bestimmung erscheint diese Handlung doch allemal als ein unzulässiges Bemühen durch das Testament eines Anderen eigennützige Zwecke zu erreichen[38]), es muß daher hier die nämliche Folge eintreten, womit überhaupt das **captare hereditatem** bedroht ist[39]).

§. 1444. a.

Art und Weise der s. g. directen Erbeinsetzung.

Die Giltigkeit und Wirksamkeit testamentarischer Anordnungen hängt in der Regel von der Einsetzung eines s. g. directen Erben ab[39a]). So pflegen wir den in die Gesammtheit der übertragbaren Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen eintretenden Successor zu nen-

37) L. 1. 2. D. *si quis aliquem testari prohib.*

38) Wie verhaßt diese Einsetzungen waren, beweist, daß sie auch in dem Testamente eines Soldaten, das doch fast an Regeln des positiven Rechts so gut wie gar nicht gebunden war, nicht giltig angeordnet werden konnten; L. 11. C. *de test. mil.* (VI. 21.)

39) L. 1. pr. D. *si quis aliq. test. proh.* — — „Qui, *dum captat hereditatem* — — Divus Hadrianus constituit, *denegari ei debere actiones, denegatisque ei actionibus fisco locum fore.*“

39a) S. Gaji inst. Lib. II. §. 248. u. §. 2. J. *de fideic. hered.*

nen; die Römer sagen dafür schlechthin heres, wie es denn eines bezeichnenden Zusatzes auch nicht bedurfte, um einen solchen Nachfolger von einem bloßen Vermächtnißnehmer zu unterscheiden[40]. Wir denken uns darunter nun denjenigen, welcher geradezu und unmittelbar in die Rechtsverhältnisse des Erblassers eintritt, im Gegensatze derer, welche nur unter Voraussetzung des Daseyns, also durch Vermittlung eines Erben etwas erhalten können. Die Urheber dieses Ausdrucks sind durch die Worte: opus est ut aliquis recto jure testamento heres instituatur (§. 2. inst. de fideic. heredit.) so wie durch die verba directa (solemnia, civilia), welche bei der Erbeinsetzung gebraucht werden mußten, zu dieser Bezeichnung veranlaßt. Freilich hätte man hiernach auch den Legatar einen directen Nachfolger nennen müssen, da legata (Vermächtnisse in altcivilrechtlicher Form) ebenfalls durch verba directa oder civilia angeordnet wurden[41]; den directen Anordnungen durften also nicht

40) Im Deutschen hat allerdings der Ausdruck Erbe und Erbnahme etwas Unbestimmtes und hatte es früher noch mehr, als man sich an die Vorstellungsweise des röm. Rechts über Beerbung noch nicht so gewöhnt hatte, wie dies jetzt der Fall ist; er wird nämlich der erste Ausdruck auch auf jeden der ab intestato in ein bonum avitum succedirt, bezogen (daher Erbe auch soviel, als ein allodiales Grundstück bedeutet), unter Erbnehmer aber verstand man häufig Jeden, der aus dem Vermögen eines Verstorbenen etwas erhielt, S. *Chr. Gottl.* Haltaus Glossar. german. med. aevi v. *Erbe* p. 355. et v. *Erbneme* in f. p. 380.

41) Ulpiani Fragm. Tt. XXIV. §. 1. „Legatum est, *quod legis modo, i. e. imperative* testamento relinquitur." —

Vermächtnisse überhaupt, sondern nur die Vermächtnisse in freier Form (Fideikommisse) entgegengesetzt werden, indem blos diese durch beliebige Ausdrücke — precativo modo oder durch verba precaria angeordnet werden konnten[42].

Lange nun war die Erbeinsetzung an den Gebrauch gewisser Worte gebunden, und als man auch die alterthümliche Form und Fassung derselben nicht mehr beobachtete, da hielte man doch noch strenge davan fest, daß der Ausdruck befehlsweise seyn müsse. Die Anhänglichkeit an das Herkömmliche erhielte sich hier auch länger, als bei anderen Rechtsgeschäften. So hatte in dem, doch gar nicht sehr langen, Zwischenraum zwischen Gajus und Ulpian die Stipulation ihre Form so gut wie ganz verloren[43]. Für die Form der Erbeinsetzung dagegen

42) Ulp. l. l. — „nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur." — *Id.* Tit. XXV. §. 1. 2. „Fideicommissum est, quod non civilibus verbis sed precative relinquitur; nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. Verba fideicommissorum in usu fere sunt haec: *fideicommitto*, *peto*, *volo dari*, et similia." — S. insonderheit auch Gaji inst. IV. §. 289, wo die Fideicommisse dem quae directo relinquuntur entgegengesetzt, und zu den Verfügungen der letzteren Art auch Vormundschaftsernennungen gezählt werden.

43) Noch Gajus hält den Gebrauch der lateinischen Sprache und zwar der Worte dari spondes? spondio, für nothwendig, damit die Wirkung einer Stipulation begründet werde (inst. III. §. 93), wogegen schon Ulpian beides hier für gleichgiltig erklärt; L. 1. §. 2. u. 6. D. *de verb. obl.* (XCV. 1.)

hatte sich das frühere Recht noch zu Ulpians Zeit genau so erhalten, wie es zur Zeit von Gajus galt. Dieser sagt: Solemnis autem institutio haec est: *Titius heres esto*. Sed et illa jam comprobata videtur: *Titium heredem esse jubeo*. At illa non est comprobata: *Titium heredem esse volo*; sed et illae a plerisque improbatae sunt: *heredem instituo*, *item heredem facio*[44]). Ulpian wiederholt dies fast buchstäblich[45]). Eine Verordnung der Kaiser Constantinus, Constantius und Constans (aus dem Jahre 339) erklärt nur den Gebrauch bestimmter Worte und Formeln für unnöthig, und hält es für hinreichend, daß der Testirer seine Absicht auf deutliche und verständliche Weise an den Tag lege[46]). Sie lautet so: „Quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit, ademtis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, *utrum imperativis et directis verbis fiat*, *an inflexis*. Nec enim interest, si dicatur: *heredem facio*, vel *instituo*, vel *volo*, vel *mando*, vel *cupio*, vel *esto*, vel *erit*, sed quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, *si modo per eam liquebit voluntatis intentio*. Nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo judiciis ordinandis amota erit solemnium verborum necessi-

44) Gaji inst. II. §. 117.

45) Ulp. Fragm. Tit. XXI.

46) L. 15. C. *de testam.* (VI. 23.); aus dem Jahre 339.

tas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, — — — *quibuscunque verbis uti* liberam habeant facultatem." — Hiernach, sollte man denken, mußte es auch dem Testirer frei stehen, sich einer anderen Sprache, als der lateinischen zu bedienen; doch wurde dies erst ein Jahrhundert später angeordnet [47]). Jedenfalls also stand es schon seit der erstgenannten Constitution fest, daß ein befehlender und directer Ausdruck zur Erbeinsetzung nicht weiter erforderlich sei, sondern auch eine indirecte Redeweise (verba inflexa) genüge [48]), wenn nur die Absicht des Testirers, dadurch einen Erben ernennen zu wollen, ausser Zweifel sei. Es ist also klar, daß eine giltige Erbeinsetzung darin liegt, wenn es heißt: ich hinterlasse,

47) L. 21. in f. C. *eod.* (von Theodor II. und Valentinian aus dem Jahre 439.) — „Illud etiam huic legi prospeximus inserendum, ut etiam graece omnibus liceat testari."

48) Von denselben Kaisern und unter demselben Datum (1. Febr. 339) ist auch eine Verordnung vorhanden, worin bei Legaten und Fideicommissen der Gebrauch bestimmter Formeln für unnöthig erklärt wird; L. 21. C. *de legat.* (VI. 37.) Marezoll (zu der Lehre von Vermächtnissen, in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. IX. S. 248) scheint sie für eine besondere Constitution zu halten, doch ist sie höchst wahrscheinlich nur ein Theil der L. 15. C. *de testam.* Gewiß ist aber, daß dadurch keineswegs die Wirkungen der verschiedenen Arten des Legirens (per vindicationem u. s. w.) aufgehoben, noch weniger aber legata und fideicommissa einander gleichgestellt wurden, indem Beides erst unter Justinian erfolgte; s. Roßhirt Lehre von den Vermächtnissen, Bd. I. S. 103 fg. Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. IX. S. 247 fg.

oder ich vermache dem Titius mein ganzes Vermögen, oder, ich will, daß er nach meinem Tode mein ganzes Vermögen erhalten solle. Sind aber die Ausdrücke so gestellt, daß sie auch nicht einmal materiell auf Erbeinsetzung gedeutet werden können, namentlich also, wenn der Testirer den von ihm honorirten Personen ohne eigentlich Einsetzungsworte nur bestimmte Sachen oder Quantitäten zugewiesen hat, so darf man hier nicht den Grundsatz zur Anwendung bringen, daß eine auch nur theilweise Erbeinsetzung (wegen der Regel **nemo pro parte testatus** u. s. w.) vollständige Wirkung habe, vielmehr kann die ganze Verfügung nur als Intestatcodizill gelten[49]), und auch dies nicht einmal, wenn der Testirer zwar beabsichtigte, sich einen Erben zu ernennen, diese Absicht aber aus den Worten der Disposition nicht erkannt werden kann, auch die Verfügung nicht durch die Codizillarclausel befestigt ist. Denn der Grundsatz ist keineswegs aufgehoben, daß, wenn die beabsichtigte Erbeinsetzung nicht gelten kann, in der Regel auch die Vermächtnißbestimmungen nicht giltig sind[50]); hier kommt mithin Ulpians Ausspruch zur Anwendung: „cum, qui

49) Vergl. L. 3. pr. L. 8. §. 1. L. 13. §. 1. L. 16. D. *de jur. codicillor.* (XXIX. 7.)

50) L. 178. D. *de reg. jur.* („Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.") — Durch die Codicillarclausel kann es aber bewirkt werden, daß ein im Testament überall nicht Genannter für eingesetzt zu halten ist (L. 88. §. 17. D. *de leg.* II.), und bisweilen werden die Vermächtnisse auch Kraft gesetzlicher Bestimmung aufrecht erhalten; s. z. B. L. 96. §. 1. D. *de leg.* I. Nov. 115. c. 3. in f. u. c. 4. in f.

testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse; ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis potuerit valere, tamen non debetur"[51]). — Genug also, es muß die Absicht des Testirers, sich in der Person eines nicht mit ausdrücklichen Einsetzungsworten Erwähnten einen s. g. directen Erben zu ernennen, unzweifelhaft sein, und sich auch mit den gebrauchten Worten vereinigen lassen.

Hierbei entsteht denn die Frage: ob der in conditione positus für eingesetzt zu halten sei? — Zuvörderst ist festzustellen: Wer hier darunter zu verstehen sei? — Im Allgemeinen kann man nämlich Jeden in conditione positus nennen, welcher in der Bedingung, worunter ein Anderer eingesetzt ist, erwähnt wird; z. B. Titius soll mein Erbe seyn, wenn er meine Schwester heirathet. Indessen wird dabei schwerlich Jemand auf den Gedanken kommen, die Schwester für eingesetzt zu halten. Die Frage kann daher nur auf solche Fälle bezogen werden, wo möglicherweise der in conditione positus für eingesetzt zu achten ist. Also, wenn Jemand unter der Bedingung honorirt ist, daß ein Anderer bei der Delation des Erbrechts nicht vorhanden seyn werde, so ist dieser in conditione positus; es fragt sich nämlich: ob nicht die in dem Bedingungssatze genannte Person für zunächst eingesetzt zu halten sei, mithin den unter der Bedingung Eingesetzten ausschliesse? Z. B. der Testirer sagt: ich setze den Titius zum Erben ein, wenn Mevius vor mir mit Tode abgegangen seyn

51) L. 1. D. *de jur. codicill.* (XXIX. 7.) Vrgl. L. 13. §. 1. in f. D. *eod.*

wird. Ist Mevius hier für eingesetzt zu halten, so daß also die Erbschaft ihm anfällt, wenn er den Testirer überlebt? Oder (ein anderer Fall) ich setze den N. zum Erben ein; sollte derselbe aber ohne Kinder sterben, so soll die Erbschaft an den Z. fallen. Sind hier die Kinder des N. als (direct oder fideicommissarisch) eingesetzt anzusehen? Die Ansichten der Rechtslehrer hierüber sind von jeher sehr verschieden gewesen, obgleich von den meisten die Frage verneint, oder der Grundsatz vertheidigt wird: **positus in conditione, non positus est in dispositione**[52]). Von den Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung ist besonders Heisler zu merken[53]), welcher die Frage ausführlich erörtert, jedoch nur in Beziehung auf die in der Bedingungsformel genannten Kinder des Testirers oder (bei Substitutionen) des ersten Erben, und zu dem Resultat kommt, daß dieselben unter der Voraussetzung für eingesetzt zu halten seien, wenn erhellt, daß der Testirer sie habe begünstigen wollen. Gegen eine allgemeine Bejahung der obigen Frage erklärt sich also auch dieser Schriftsteller, und in der That ist auch nichts leichter, als den Beweis zu führen, daß die Regel: **positus in conditione, positus in dispositione**, in vielen Fällen der Absicht des Testirers ge-

52) *Andr.* Gail practicor. observat. Lib. II. obs. 136. Nr. 18. 19. Vrgl. Höpfner Comment. §. 474. Not. 4. §. 603. Not. 2. Schweppe das röm. Privatr. Bd. V. §. 809 a. E. (d. Ausg. von Meier). v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 455. (§. 66.)

53) *P. J.* Heisler (resp. Pauli) Diss. de liberis, positis in conditione, comprehensis etiam in dispositione. Hal. 1754.

radezu widerstreiten würde[54]). Wenn nun aber auch in der von Heisler angenommenen Beschränkung sich Manches für die bejahende Meinung sagen ließe, so sprechen doch überwiegende Gründe für das Gegentheil, besonders aber die Aeusserungen der Quellen selbst. — So entscheidet Pomponius: wenn Jemand sich unter der Bedingung, daß sein Sohn beim Anfall der Erbschaft verstorben seyn werde, einen Erben ernenne, so sei der Sohn für präterirt zu halten[55]). — Daraus, daß bei der Einsetzung von Notherben, eine strenge Förmlichkeit

54) Die Gründe, welche den Testirer zu einer Disposition dieser Art bestimmen, lassen sich selten mit völliger Sicherheit erkennen; zu läugnen ist aber gewiß nicht, daß er dabei durch die Absicht geleitet seyn kann, die nachtheilige Einwirkung des in der Bedingung Genannten auf den Erben und dessen Vermögen auszuschließen. (Einen solchen Fall führt selbst Heisler a. a. O. §. 14 an.) Er sieht kein Mittel, den Erben einem Umgange zu entziehen, wodurch derselbe zur Sittenverderbniß und Vermögenverschwendung verleitet wird, und setzt ihn daher unter der Bedingung ein, wenn die Person, deren verderblichen Einfluß er fürchtet, beim Anfall der Erbschaft nicht mehr existiren werde. Da nun dergleichen Motive wohl selten im Testamente ausdrücklich angegeben werden, so würde die Regel: positus in conditione, positus in dispositione, wenn sie auch nur als Regel gälte, im Fall des Ueberlebens jener Person, sicher einen Prozeß zur Folge haben.

55) L. 16. in f. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) — „Si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat, *si vivo se filius decedat*, potest dici, non rumpi testamentum, quia secundum testamentum non valet, *in quo filius praeteritus sit.*" — S. Averanii interpr. Jur. Lib. I. cap. 10. Nr. 16.

habe beobachtet werden müssen, darf man dies nicht erklären, denn in einer andern Stelle wird eine ganz allgemeine Anwendung von dem Satz gemacht: **positus in conditione, positus non est in dispositione**[56]). Aber

56) Diese, oft besprochene, Stelle lautet so: „Ex facto etiam agitatum Pomponius et Arrianus referunt, si quis vacua parte relicta ita instituerit: *si mihi Sejus heres non erit*, quem non instituerat, *Sempronius heres esto;* an hic occupare possit vacantem portionem? Et Pegasus quidem existimat, ad eam partem admitti; Aristo contra putat, *quia huic pars esset data, quae nulla esset.* Quam sententiam et Javolenus probat, et Pomponius, et Arrianus; et hoc jure utimur.“ — Die meisten Handschriften und Ausgaben lesen die Bedingungsworte, so wie sie hier gedruckt sind; in der Flor. ist aber das non als verdächtig bezeichnet, und für die Weglassung desselben erklärt sich auch Ant. Augustinus (emendat. et opin. Lib. II. c. 2. bei Otto thes. T. IV. p. 1435.) Wenn man nun den Satz auch affirmativ liest (si mihi Sejus heres erit), so gehört der Fall doch immer hieher, nur daß man sich alsdann den Sempronius als Miterben des Sejus denken müßte. Indessen paßt die verneinende Fassung offenbar besser zu dem ganzen Zusammenhange, und wird insonderheit auch von Cujacius (ein Comment. zu dieser Stelle), von Siegm. Reich. Jauch (de negationib. Pand. Flor. adj. u. s. w. p. 11 u. p. 163. 164.) und von Greg. Majansius (ad trig. ICtor. fragm. comment. T. II. p. 223.) in Schutz genommen. Man wird hiernach den Fall so denken müssen: der Testirer setzt den Titius (etwa auf ½) ein, über den anderen Theil findet sich gar keine directe Verfügung, sondern nur die Bestimmung: würde Sejus nicht Erbe werden, so soll Sempronius mein Erbe seyn. Dieser nimmt nun den unvergabten Theil in Anspruch, was indessen für unzuläßig erklärt wird,

auch das darf nicht angenommen werden, daß diese Bestimmungen noch dem alten Formularrechte angehören und durch die L. 15. C. *de testam.* aufgehoben seien[57]). Ein Auskunftsmittel dieser Art ist überhaupt nicht leicht anzunehmen, wenn eine Stelle im Constitutionen-Codex älter ist, wie die Abfassung der Pandecten[58]), am wenigsten aber da, wo eine Vereinigung so leicht möglich ist, wie hier, — wo man, um einen Widerspruch zu finden, erst in die Codexstelle etwas hineintragen muß, was nicht darin liegt. Die L. 15. C. cit. bestimmt: auf

weil ein Erbtheil nicht für erledigt gehalten werden könne, der überall nicht existire. (s. *Greg.* Majansius l. l. p. 222 sq. und Westphal von Testamenten §. 641. Um nämlich für den Sempronius entscheiden zu können, muß man sich denselben als Substituten des Sejus, diesen mithin als eingesetzt denken, und daß sich der Erblasser dies auch wirklich so gedacht habe, ist mit so überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß wenn hier überhaupt eine Auslegung nach der Absicht des Testirers zuläßig wäre, der Sejus als eingesetzt in die pars vacua, mithin bei dessen Wegfallen der Anspruch des Sempronius für wohlbegründet gehalten werden müßte. Man sieht also deutlich, daß die classischen Juristen wenigstens eine nur durch Schlußfolgerungen zu ermittelnde Erbeinsetzung nicht für zuläßig hielten. — Uebrigens wollen Manche die Frage: an hic occupare possit? auf den Sejus beziehen, was aber weder in den Zusammenhang paßt, noch nach grammatischen Regeln angeht. Vergl. *Ant.* Faber conj. Lib. V. c. 20.

57) So *Just. Henn.* Boehmer Diss. de verb. direct. et obliquis (Exercit. ad Pand. T. I. Nr. IV.) §. 17. Heisler Diss. cit. §. 13 u. 18. Höpfner Comment. §. 474. Not. 4.

58) S. Thibaut civilist. Abhand. S. 83 fg.

die Worte solle es nicht mehr ankommen, wenn sich nur die Absicht erkennen lasse; hiernach sind denn auch die Kinder des Erblassers für rechtsgiltig eingesetzt zu halten, wenn der Testirer sagt: ich vermache mein Vermögen meinen Kindern; und man wird keine einzige Stelle in den Pandekten finden, welche das Gegentheil sagte. Damit verträgt sich aber sehr wohl die Regel: daß die Anordnung selbst durch dispositive Worte geschehen solle [59]); sie ist keineswegs als Ueberbleibsel der Formularjurisprudenz anzusehen, vielmehr durch den Zweck, über die Absicht des Testirers völlige und unzweifelhafte Gewißheit zu haben, als nothwendig geboten. Schlußfolgerungen, wie die hier zur Frage stehenden, können trotz alles Scheins von Sicherheit dennoch täuschen; sie sind um so bedenklicher, da kaum zu begreifen ist, was den Testirer bewogen haben sollte, wenn er wirklich beabsichtigte, den in der Bedingungsformel Genannten zu honoriren, seine Absicht hinter einer solchen Wendung zu verstecken, die er doch mit wenigen Worten offen ausdrücken konnte.

Indessen legen die Gegner viel Gewicht auf eine Stelle aus Scävola's Responsen [60]), in welcher ganz klar gesagt sey, daß die in conditione positi den Substituten vorzuziehen seyen [61]). Sie lautet (soweit sie hie-

59) S. Gail obs. pract. Lib. II. obs. 136. Nr. 18. 19. *A.* Faber error. Pragm. Dec. XXVI. err. 1. *Sam.* Stryk cautel. test. cap. 16. §. 3. Reinharth obs. ad Christin. Vol. IV. obs. 23. Schweppe (oder Meier) röm. Privatrecht Bd. V. §. 809. Not. 8.

60) L. 85. D. *h. t.*

61) Heisler Diss. cit. §. 8. — Auch beruft man sich wohl auf die L. 37. pr. D. *h. t.* „Cum in testamento scribitur, *si filius meus me vivo morietur*, ne-

her gehört) so: „Lucius Titius, qui fratrem habebat, testamento ita cavit: *Titius frater meus ex asse mihi heres esto: si mihi Titius heres esse voluerit, aut, quod abominor, prius morietur, quam meam hereditatem adierit, aut filium filiamve ex se natum natamve non habebit, tunc Stichus et Pamphilus servi mei liberi et heredes mihi aequis partibus sunto.*" (Nun folgen Fragen, welche, eben so wie ein Theil der Antwort, übergangen werden können, da sie mit unserer Aufgabe in keiner Verbindung stehen.) „Respondit — — —, si frater adiit, Stichus et Pamphilus heredes non erunt, quos eo amplius noluit heredes esse, si frater, prius quam hereditatem adiret, decessisset liberis relictis; nam prudens consilium testantis animadvertitur: *non enim fratrem solum heredem praetulit substitutis, sed et ejus liberos.*" Dürfen nun aber die Schlußworte so verstanden werden, daß die Kinder als zuerst substituirt (mithin als secundo loco instituti) anzusehen seyen, so daß sie, beim Wegfallen ihres Vaters, mit Ausschluß der ausdrücklichen Substi-

pos ex eo post mortem meam natus heres esto: duo gradus heredum sunt." Allein hier steht es überall nicht zur Frage: ob dadurch der Sohn für eingesetzt gelte? sondern nur: ob der Enkel jure substitutionis Erbe werde? Dabei wird also eine vorausgehende Institution des Sohnes (wie überhaupt bei der Aquilianischen Einsetzungsformel — L. 29. D. *de lib. et postum.*) vorausgesetzt. *A.* Faber error. Pragmat. Dec. XXVI. err. 3 et 5. *Ferd. Christoph* Happrecht Diss. de tacita hered. instit. Th. IX. (in Dissert. academ. Vol. I. p. 1372.)

tuirten (Stichus und Pamphilus) aus dem Testamente erben? Bejahen wir die Frage, so müssen wir entweder annehmen, daß die Stelle von Scävola den Aussprüchen anderer röm. Juristen widerstreite, oder eine besondere rechtliche Begünstigung der Kinder als Grund der Entscheidung betrachten. Nun wird allerdings, bei Auslegung und Anwendung letztwilliger Verfügungen bisweilen wohl auf die Kinder des Erben in der Art Rücksicht genommen, daß eine Begünstigung derselben unverkennbar ist[62]; allein nirgends findet sich auch nur die geringste Spur davon, daß jene Rücksicht je soweit ausgedehnt worden sey, die Kinder für honotirt zu halten, wenn sie nach gewöhnlichen Regeln und Voraussetzungen dafür nicht gelten können. Fassen wir nun die Stelle genau ins Auge, so will der Jurist bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Substituten ausgeschlossen werden? Er antwortet: nicht blos durch den zum Erben eingesetzten Bruder des Erblassers, sondern auch durch dessen Kinder; denn diese habe der Testirer klüglich deshalb erwähnt, um anzudeuten, daß er sie den Substituten vorziehe. Wie nahe liegt nun aber nicht die Erklärung, daß dabei die Bruderkinder ja nicht gerade als Testamentserben, daß sie nur als Intestaterben gedacht werden dürfen. In der That braucht man nur darauf aufmerksam gemacht zu werden, um diese Erklärung für wohl begründet zu halten[63]. Ein Bruder setzt seinen

62) S. unten den Text zur Note 68.

63) S. Cujacius in comment. ad *h. l.* („Scaevola — substitutis liberos praeferri ait, legitimos ergo testamentariis; nam liberi ex testamento non veniunt, quippe cum instituti non sint.“ — Gail

nächsten Intestaterben, seinen Bruder ein, und substituirt demselben direct den S. und T., jedoch unter der Bedingung, wenn der erste Erbe ohne Nachkommenschaft mit Tode abgehe; diese Bedingung muß, wie jede einer Einsetzung erlaubterweise hinzugefügte, eintreten, soll anders das Recht der Substituten wirksam werden. Stirbt nun der eingesetzte Bruder vor Antretung der Erbschaft, allein mit Hinterlassung von Leibeserben, so succediren diese nun ab intestato, und der Zweck des Testirers, durch dieselben die Substituten auszuschließen ist erreicht, auch ohne daß er jene ausdrücklich einsetzt. Analog ist der Fall, den Scävola an einem anderen Orte entscheidet [64]. „Si quis ita heres instituatur: *si legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam*; puto deficere conditionem testamenti, illo vindicante.“ Gewiß wird Niemand sagen, daß hier der Intestaterbe primo loco eingesetzt sey, und dennoch schließt er den Testamentserben aus [65]).

Aber ist nicht wenigstens eine fideicommissarische Substitution des in conditione positus anzunehmen, wenn ein ausdrücklich angeordnetes Fideicommiß davon abhängig gemacht wird, daß Jener nicht vorhanden sey?

l. l. Nr. 20. *A.* Faber error. Pragm. Dec. XXVI. err. 1. p. 3. Voet ad Tit. Pand. *de lib. et post.* §. 9. — Vrgl. auch *Athan.* Oteyza *et* Olano paralip. jur. civ. Lib. I. C. 10. Nr. 10 sq. in Meermanni thes. T. I. p 409, welcher meint, es komme nichts darauf an, ob man die in conditione erwähnten Kinder für substituirt hält, oder sie ab intestato erben läßt.

64) L. 82. D. *h. t.*

65) S. Cujacius ad L. 82. D. *h. t.*

z. B. der Testirer sagt: ich setze den X. ein, sollte aber derselbe ohne eheleibliche Nachkommen sterben, so ist die Verlassenschaft dem B. zu restituiren. Sind hier nicht die Nachkommen als die nächsten Fideicommißerben anzusehen? Denn das ist ja entschieden, daß Fideicommisse auch stillschweigend angeordnet werden können. So galt es für ein Fideicommiß zum Besten des Sohnes, wenn der Erblasser, welcher zwei Kinder, Sohn und Tochter hatte, der Einsetzung der letzteren die Auflage hinzufügte: sie solle nicht eher testiren, bis sie Kinder haben würde; dies wurde so ausgelegt: die Erbschaft (oder ihr Erbtheil) sollte, im Fall sie kinderlos sterben würde, dem Bruder anfallen [66]). Ferner hat ein testamentarisches Veräußerungsverbot die Bedeutung eines Fideicommisses, wenn nur erhellt, zu Wessen Besten es angeordnet ist [67]). Und welche Rücksicht man bei fideicommissarischen Anordnungen auf die Kinder des Belasteten nahm, beweis't wohl am deutlichsten, daß, wenn ein Testirer seine Descendenten, welche keine Nachkommenschaft haben, mit der Auflage zu Erben einsetzt, die Erbschaft nach ihrem Tode dritten Personen zu restituiren, dies Fideicommiß unwirksam wurde, wenn die Erben mit Hinterlassung von Kindern sterben [68]). — Allein um gleich bei diesem Falle

66) L. 74. pr. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.) — S. übrigens unten die Note 70.

67) L. 114. §. 14. D. *de leg.* I. L. 38. §. 7. D. *de leg.* III. — Vrgl. *A.* Faber error. Pragmat. Dec. XXXVI. err. 4. — Andere Fälle stillschweigender fideicommissarischer Anordnungen s. L. 69. pr. D. *de leg.* II. L. 11. §. 4. D. *de leg.* III. L. 78. pr. D. *ad Sct. Treb.*

68) L. 102. D. *de condit. et demonstr.* (XXXVI. 1.)

stehen zu bleiben, darum sind ja diese Kinder noch nicht für fideicommissarisch substituirt zu halten[69]). Der Wille des Testirers muß sich mit zweifelloser Gewißheit aus der Anordnung ergeben, um ein stillschweigendes Fideicommiß annehmen zu können[70]); dies ist ja aber keineswegs der Fall; wenn die Wirksamkeit Substitution davon abhängig gemacht wird, daß der Haupterbe kinderlos sterbe. Der Testirer (wenn er auch diese Bedingung ausdrückt) giebt immer nur zu erkennen, daß den Kindern die väterliche Verlassenschaft nicht durch den Fideicommissarius geschmälert werden, keineswegs aber auch, daß der Erbe mit einem Fideicommiß zum Besten seiner Kinder belastet sein solle. Es ist uns aber auch ein kaiserliches Rescript aufbehalten, aus welchen sich deutlich die Richtigkeit der hier vertheidigten Meinung ergiebt. Es war Jemand mit der Auflage eingesetzt, wenn er kinderlos stürbe, die Erbschaft einem L i c i n u s R u f u s zu restituiren. Der Erbe, welcher damals kinderlos war, vergleicht sich mit dem L i c i n u s R u f u s und überläßt ihm gegen

Vrgl. L. 30. C. *de fideic.* — S. Voet ad Pand. Tit. *ad Sct. Treb.* §. 17. 18.

69) *A.* Faber error. Pragm. Dec. XXVI. Err. 6. in f.

70) Sonst ist es ein nudum praeceptum, d. i. eine unverbindende Vorschrift. S. L. 38. §. 4. L. 93. pr. D. *eod.* L. 77. §. 24. D. *de leg.* II. Die hier sich findende Anordnung ist in der L. 74. pr. *ad Sct. Treb.* (siehe Note 66) enthaltenen auffallend ähnlich; für ein nudum praeceptum mußte sie aber darum gehalten werden, weil der Testirer, nach den Worten der Disposition, mehr durch die Rücksicht auf das Wohl des Erben, als auf das des Dritten, dazu veranlaßt war. S. Pothier in der ersten Note zu dieser Stelle, Pand. Justin. *de legat.* nr. 438.

den Verzicht auf sein eventuelles Fideicommißrecht einen Theil der Erbschaft. Später erzeugt der Erbe einen Sohn (den Philinus), welcher, nach seines Vaters Tode jenen Vergleich darum nicht bestehen lassen will, weil die Bedingung des Fideicommisses nicht eingetreten sey. Die Kaiser weisen aber seinen Anspruch als unbegründet zurück[71]). Worauf konnte Philinus wohl anders seinen Anspruch gründen, als darauf, daß ihm selbst an der seinem Vater zugefallenen Erbschaft ein Fideicommißrecht zustehe? Denn das kann doch wohl kein Gegenstand eines möglichen Zweifels seyn, daß ein Vergleich, der mit dem bedingt Berechtigten während des Schwebens der Bedingung so eingegangen wird, daß der eine dem Recht, der andere der Bedingung entsagt, — darum nicht angefochten werden könne, weil sich hinterher ergiebt, die Bedingung sey nicht eingetreten[72]).

Das Resultat vorstehender Erörterung ist mithin: auch im neueren Recht sind dispositive Worte zur Anordnung eines s. g. directen Erben erforderlich, weil die Willensmeinung des Testirers sonst nicht mit hinreichender Gewißheit zu erkennen ist. Besonders bedenklich aber ist der

71) S. zu dieser Stelle besonders die Scholien zu den Basiliken, Lib. XI Tit. 1. fr. 62. (in der Ausg. von Heimbach) T. I. pag. 641 sq. Ferner die Anm. (6) in der deutschen Uebersetzung des Corp. juris von Rob. Schneider, Bd. V. S. 277.

72) Heisler l. l. §. 19. findet den Grund der Entscheidung lediglich in der zur Zeit des Vergleichs noch vorhandenen Ungewißheit über den Eintritt der Bedingung. Allein dadurch konnte der Vater nie berechtigt werden, dem Sohne sein Recht auf die fideicommissarische Substitution zu entziehen, wenn eine solche wirklich beabsichtigt worden wäre.

Schluß, daß der in conditione positus für eingesetzt zu halten sey, indem dieser nicht einmal genügt, um darauf das Vorhandenseyn einer fideicommissarischen Disposition zu gründen, welche sonst doch stillschweigend erfolgen kann. Im Uebrigen aber kommt es auf die vom Testirer gebrauchten Worte überall nicht mehr an.

Früher war zu einer rechten Erbeinsetzung auch erforderlich, daß sie (oder, wenn mehrere Erben ernannt wurden, doch die eine wenigstens) vor den übrigen Bestimmungen erfolgte [73]). Schon zur Zeit der juristischen Klassiker band man sich hieran nicht immer streng [74]), erst Justinian aber erklärte es für gleichgiltig, in welcher Ordnung die einzelnen Dispositionen des Testaments auf einander folgten [75]). Nach einer Vorschrift dieses Kaisers sollte in schriftlichen Testamenten der Name des Erben eigenhändig durch den Testirer oder die Zeugen ausge-

73) Gaji inst. II. §. 229. „Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio." — Paulli sent. rec. Lib. III. Tit. VI. §. 2.

74) Fideicommisse, ja selbst Vormundschaftsernennungen und Enterbungen konnten der Erbeinsetzung voraufgehen; auch genügte es, wenn von mehreren Erben nur des Einen Einsetzung voran stand. S. Ulp. Fragm. XXV. §. 8. §. 4. J. *qui dari tut. test. poss.* L. 1. pr. D. *h. t.* Paulli sent. rec. III. Tit. VI. §. 2. — Freilich aber war dies zu Gajus Zeit noch nicht so ganz ausgemacht. S. Gaji inst. II. §. 231.

75) §. 34. J. *de leg.* L. 24. C. *de testam.*

drückt werden[76]); auch dies ist später wieder von ihm aufgehoben[77]).

Hellfeld führt noch als nothwendige Bedingung einer giltigen Erbeinsetzung an (§. 1444. Nro. 4.): es dürfe die Einsetzung sich nicht auf ein fremdes, d. h. dem Testirer überall nicht zugehöriges, Vermögen erstrecken. Aus der dazu gehörigen Note ersieht man, daß dadurch nur Gelegenheit zur Erklärung der L. ult. C. *de pactis*, so wie des Satzes gegeben werden sollte, daß Vermächtnißbestimmungen sich allerdings auf Objecte beziehen können, die dem Vermögensrechte des Testirers nicht unterworfen sind. Die angeführte Codexstelle nun enthält die Bestimmung Justinians, daß die Veräußerung der Erbschaft einer noch lebenden dritten Person, von Seiten dessen, welcher dieselbe einmal zu beerben gedenkt, ohne die Zustimmung des künftigen Erblassers ungiltig sey. Sie ist bereits an einem anderen Orte dieses Commentars zur Sprache gekommen[78]), gehört übrigens eben so wenig hieher, wie der zweite Satz, wovon erst in der Lehre von Vermächtnissen gehandelt werden kann.

76) §. 4. J. *de testam. ordin.* L. 29. C. *de test.*

77) Nov. 119. c. 9. u. auth. *Et non observato* C. *de testam.*

78) S. Bd. XVI. des Comment. §. 1013. S. 312 fg. (Nr. 2.) Hinzuzufügen ist aber noch die Erörterung von Hasse in dem rhein. Museum Bd. II. S. 218—241. (Cap. II.)

Lib. XXVIII. Tit. VI.

De vulgari et pupillari substitutione *).

§. 1445.

Begriffsbestimmung und Eintheilung.

Unter Substitution wird nicht blos die Anordnung verstanden, wodurch der Testirer bestimmt, daß unter gewissen Voraussetzungen an die Stelle des von ihm ernannten Erben ein anderer treten solle, sondern auch die, wodurch ein Vater Kraft väterlicher Gewalt seinen unmündigen Kindern einen Erben ernennt. Es ist also nicht wohl möglich, die verschiedenen Arten der Substitution unter einen ohne weitere Erklärung verständlichen Begriff zu bringen[79]. Hellfeld erklärt die Substitution als „institutio heredis ulterioris in casum de-

*) Wegen der zahlreichen Schriften über Substitutionen ist hier auf Lipen und seine Fortsetzer zu verweisen; bemerkenswerthe Anführungen aus denselben werden sich bei den einzelnen Sätzen finden. Die Dissertationen über diese Materie im Ganzen sind fast durchgängig ohne Gehalt; auch die in meinem Lehrb. der Pand. (§. 668.) angeführte von *G. H.* Turca de jure substitutionis. Lugd. Bat. 1744.

79) S. Thibaut Pand. §. 833. Not. 5. d. n. A.

ficientis prioris," und subsumirt darunter den Begriff der pupillaris in der Art, daß er sagt: „cum prior heres deficere possit vel ipsi testatori, vel liberis, dum hi in eo non sint statu, quo testamentum condere possunt, substitutio in vulgarem et pupillarem dividitur." Bei dem ersten Begriff heißt also deficiens heres der giltig ernannte, aber wegfallende Erbe, bei dem zweiten der ganz fehlende. Wie man nun aber dennoch Beides unter einen Begriff bringen wollen, und vollends, wie will man es mit logischen Regeln vereinbaren, den Pupillarsubstituten als den heres *ulterior*, der auf den Fall des deficiens *prior* eintrete, zu bezeichnen! Wenn man sagt: Substitution sey die Ernennung eines *eventuellen* Erben[80]), so umfaßt dieser Begriff allerdings beide Hauptarten der Substitution; indessen ist hier wieder der Ausdruck so allgemein, daß er, um verstanden, oder vielmehr, um nicht mißverstanden zu werden, jedenfalls des erläuternden Zusatzes bedarf: eventueller Erbe sey der, welcher unter der Bedingung, daß ein anderer Erbe wegfalle, oder daß ein zum Testiren wegen Unmündigkeit nicht fähiger Erblasser in diesem Zustande sterbe, zur Erbschaft berufen werde. Vielleicht könnte man auch sagen: Substitution ist die Verfügung, wodurch bestimmt wird, daß Jemand auf einen gewissen Fall an die Stelle eines Anderen durch Beerbung treten soll. Aber auch hier wird immer hinzugefügt werden müssen: dieser Andere sey bald ein vom Testirer ernannter Successor, bald derjenige, für welchen derselbe ein Testament mache.

80) So habe ich den Begriff bestimmt in meinem Lehrb. der Pand. §. 668.

Doch lassen wir dies, und wenden uns zu der Sache selbst. — Zuvörderst ist hierüber Folgendes zu bemerken:

1) Nicht blos in Beziehung auf die s. g. Universalsuccession kann eine Substitution angeordnet werden, sondern der Testirer kann auch verfügen, daß ein Vermächtnißnehmer unter gewissen Voraussetzungen an die Stelle eines anderen treten solle [81]. Indessen haben wir es hier nur mit der wichtigeren Art der Substitution, mit derjenigen zu thun, wonach der Substitut als Universalsuccessor erscheint.

2) Aber auch hierbei muß man wiederum eine zweifache Art der Substitution unterscheiden: die s. g. directe und fideicommissarische, — ein Unterschied, der übrigens nicht auf die pupillaris, sondern auf diejenige geht, wodurch der Erblasser sich selbst einen Erben und diesem einen Substituten ernennt. Wenn nun gleich in dem gegenwärtigen Titel nur von der directen Substitution die Rede seyn kann, so ist doch hier im Allgemeinen etwas über die Verschiedenheit zwischen beiden zu sagen. — Sie ist in Beziehung auf die Wirkung, wie auf die Bedingung vorhanden. Der directe Substitut ist eigentlicher (unmittelbarer, directer) Erbe des Erblassers; der fideicommissarische ist nur Vermächtnißnehmer im weiteren Sinne, sein Recht nur ein durch einen eigentlichen heres vermittel-

81) S. L. un. §. 7. in f. C. *de cond. toll.* (VI. 51) — „ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis. Videamus, an idem fieri possit et cum mortis causa donabitur, ut id promittat ille alteri, si ipse capere non poterit? *Quod magis est, quia in posterioris quoque personam donatio confertur.*“

tes[82]). Darum sind denn auch die Bedingungen beider Arten von Substitutionen nothwendig verschieden. Die Wirksamkeit der directen Substitution ist davon abhängig, daß der zuerst ernannte Erbe vor dem Erbschaftserwerbe weggefallen sey; denn ist er Erbe geworden, so erlöscht die Substitution von selbst[83]). Umgekehrt wird bei der fideicommissarischen Substitution angenommen werden müssen, daß dem eingesetzten Erben die Erbschaft aus dem Testamente erworben sey, indem, wenn dies nicht der Fall ist, es an einer Person fehlt, durch welche die Vermächtnisse vermittelt werden können; hier fällt also die Substitution weg, wenn der eingesetzte Erbe vor dem Erwerbe stirbt, oder unfähig wird, oder die Erbschaft ausschlägt[84]). Es kann daher bei einem unbestimmten oder dunklen Ausdruck des Testaments die Frage von großem Interesse seyn, welche Art der Substitution gemeint sey? So namentlich in den Fällen, welche von Ludolff[85]),

82) S. L. 57. §. 2. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.), wo diese Art der Substitution auch substitutio fideicommissi genannt wird.

83) Vrgl. Averanii interpr. jur. Lib. IV. c. 6. nr. 2 sq. Höpfner. Commentar. §. 601. §. 602. a. E.

84) L. 181. D. *de reg. jur.* — Daß in den Fällen, wo an die Stelle des wegfallenden Erben der Fiscus tritt, auch die Fideicommisse und überhaupt die Vermächtnisse von demselben zu erfüllen sind (L. 96. §. 1. D. *de leg.* I. L. 3. §. 4. *de jure fisci.* XCIX. 14.), auch bisweilen die mit einem Fideicommiß belastete Erbschaft in contumaciam für angetreten gehalten wird (wie man wenigstens die L. 7. C. *ad senatuscons. Treb.* auszulegen pflegt), gehört doch immer zu den bloßen Ausnahmen.

85) *Geo. Melch. de* Ludolff observat. forens. P. II. obs. 132. not. 1.

Carrach[86]) und A.[87]) angeführt werden, wo die Verfügung ungefähr wie folgt lautete: ich setze den Herrn Titius und nach dessen Absterben seine Kinder zu meinen Universalerben ein. Man könnte geneigt seyn zu entscheiden, daß diese Verfügung als Beides, als directe und als fideicommissarische Substitution ausgelegt werden können, und daher auch, wegen der Regel: daß im Zweifel stets für Giltigkeit und Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, insbesondere aber letztwilliger Verfügungen zu sprechen sey[88]), so ausgelegt werden müsse. Denn auf den Ausdruck kommt es ja überall nicht mehr an; es kann eine directe Erbeinsetzung durch verba obliqua und umgekehrt eine fideicommissarische durch verba directa oder imperativa angeordnet werden[89]). Dagegen wird man sich auch nicht auf die Regel berufen dürfen: in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus[90]); denn hat wirklich der Testirer gewollt, daß die substituirten Kinder jedenfalls an ihres Vaters Stelle treten sollen, so kann er diese seine Absicht auch durch einen allgemeinen Ausdruck an

86) *Jo. Tob.* Carrach (resp. *de* Freyberg) Diss. de substitutionis directae argumentis in formula dubia. Hal. 1831. §. 3. 25. 27. 28.

87) J. W. Leyser med. ad Pand. Spec. 362. m. 1. 2. Höpfner im Comment. §. 495. Not. 3.

88) L. 24. (25.) D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.)

89) L. 15. C. *de testam.* — Vrgl. L. 2. C. *communia de legat. et fideic.*

90) L. 3. D. *de reb. dub.* — Carrach l. l. §. 14. leitet auch hieraus einen Grund her für seine entgegenstehende (und dem Resultate nach richtige) Meinung.

den Tag legen. Beide Fälle, die directe und fideicommissarische Substitution, können begreiflich nicht neben einander bestehen; allein die Bestimmung, daß, je nachdem die Umstände sind, die Substitution entweder als die eine oder als die andere bestehen solle, enthält durchaus keinen Widerspruch, folglich liegt auch nichts Widersprechendes darin, wenn der Interpret annimmt, der Testirer habe dies ausdrücken wollen. Die angeführte Regel (Note 3) ist daher nur auf solche Fälle zu beziehen, in welchen die mehreren Bedeutungen eines zweideutigen Ausdrucks ohne Widerspruch nicht neben einander bestehen können [91]. — Indessen folgt hieraus noch keineswegs, daß in allen Fällen, wo der Ausdruck möglicherweise auf beide Arten der Substitution gehen kann, diese auch für ausgedrückt zu halten sind. Soll die Entscheidung nach Vermuthungen bestimmt werden, so wird im Zweifel allemal eher eine directe als eine fideicommissarische Substitution angenommen werden müssen. Daß fideicommissarische Anordnungen auch stillschweigend erfolgen können, ist eben so wenig in Abrede zu stellen, als daß sich Bestimmungen in unseren Quellen finden, welche auf eine besondere Rechtsbegünstigung der Fideicommisse hinweisen [92]. Allein so wie im ersten Falle die Absicht des Testirers sich mit Bestimmtheit erkennen lassen muß, so muß auch, damit der favor fideicommissorum zur Anwendung kommen könne, jedenfalls feststehen, daß ein Fideicommiß angeordnet sey; alsdann soll es so wirksam, wie nur immer möglich seyn und im Zweifel die Giltig-

91) *C. G.* Huebner ad tit. de reb. dub. comment. C. II. nr. 1. p. 133 sq.

92) S. z. B. L. 17. §. 7. in f. D. *ad Sct. Treb.*

keit desselben angenommen werden, wenn auch nach strengen Rechtsregeln Einwendungen dagegen erhoben werden könnten (s. die Note 92). Es verhält sich damit eben so, wie überhaupt mit der rechtlichen Begünstigung letztwilliger Anordnungen. Jeder Honorirte hat sie in Anspruch zu nehmen [93]), aber es muß doch das feststehen, daß der Erblasser ihn honoriren wollte. Daß Jemand onerirt seyn solle, wird im Zweifel nicht vermuthet, mithin kann im Zweifel auch nicht angenommen werden, daß ein Honorirter mit einem Fideicommisse belastet sey. Es wird daher zunächst allemal auf den Wortsinn zu sehen seyn, und wenn nach diesem die Verfügung ganz entschieden als eine directe Substitution angesehen werden kann, so muß es bei der Regel bleiben, wonach der institutus den substitutus ganz ausschließt, falls nicht aus besonderen Gründen die anderweitige Absicht des Testirers sich nachweisen läßt. Zum Ueberfluß ist aber auch im canonischen Rechte entschieden, daß im Zweifel allemal eine directe Substitution anzunehmen sey [94]). In dem oben angeführten Beispiele nun ist um so mehr für eine ausschließliche directe Substitution zu entscheiden, als die

93) L. 24. (25.) D. *de reb. dub.* — L. 13. (14.) pr. *eod.* L. 17. §. 1. *de leg.* I. §. 22. J. *de legat.*

94) Cap. 1. *de testam.* in VI. (III. 11.) Der hier entschiedene Fall betraf zwar eine Pupillar-Substitution, und es handelte sich darum, ob die Intestaterben der Pupillen die Trebellanische Quart zurückbehalten durften, oder dem Substituten das Vermögen ungekürzt überlassen mußten. Allein die ratio decidendi ist ganz allgemein; der Pabst sagt, wenn dies irgend zulassen, so soll stets angenommen werden „ut substitutio directa intelligatur potius, quam obliqua.“

gebrauchten Ausdrücke, wenn sie gleich möglicherweise auch auf fideicommissarische Substitution bezogen werden können, doch hiefür nicht gewöhnlich sind; ich setze — — zu meinen Universalerben ein, d. h. im Zweifel gewiß: zu meinen directen Erben, indem es wenigstens nicht gewöhnlich ist, das Recht, Restitution einer bereits erworbenen Erbschaft zu verlangen, auf diese Weise zu bezeichnen [95]). Sollte indessen auch ein Ausdruck gewählt seyn, wodurch die Absicht einer directen Substitution weniger bestimmt an den Tag gelegt wird, so ist dennoch, in Gemäßheit der obigen allgemeinen Gründe und der angeführten Stelle des canonischen Rechts, im Zweifel dafür zu entscheiden [96]). Wenn dagegen die

95) Carrach Diss. cit. §. 13. 22. 24. 25. 26. — Der von ihm (§. 27. 28.) referirte Fall ist im wesentlichen folgender: A. setzt den B. und nach dessen Absterben die Kinder desselben zu einzigen und universalen Erben ein. B. hat die Erbschaft erworben; als aber nach dessen Tode seine Ehefrau (auf den Grund einer Gütergemeinschaft und einer testamentarischen Disposition ihres Gatten) das Vermögen desselben und namentlich auch jene Erbschaft in Anspruch nahm, wollte der Schwiegersohn des Verstorbenen Namens seiner Ehefrau ein Fideicommißrecht geltend machen; der Ref. entscheidet mit Recht, daß die Substitution eine directe sey, folglich die Kinder des ersten Erben, dadurch, daß dieser die Erbschaft erworben hatte, völlig ausgeschlossen wurden.

96) Hiernach entschied denn auch die Helmstädter Juristenfacultät in dem folgenden Falle für eine directe Substitution: der Testirer hatte seine Schwester zur Erbin eingesetzt, mit dem Hinzufügen, daß auf den Fall ihres Todes ihre Kinder zu gleichen Theilen seine Erben und Folger seyn und bleiben sollten, und daferne eins oder mehr dieser

Absicht des Testirers, fideicommissarisch substituiren zu wollen, vollkommen erweislich ist, oder nach den gebrauchten Ausdrücken auch nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, so ist es gleichgiltig, ob der Testirer dies bestimmt ausgedrückt hat, oder nicht; mit a. W. es muß eine fideicommissarische Disposition angenommen werden, ungeachtet der Testirer sich anderer Ausdrücke bedient hat, als solcher, wie sie bei fideicommissarischen Anordnungen gewöhnlich sind. Dies wird ebenfalls in der angeführten Stelle des canonischen Rechts anerkannt, indem der Pabst seiner Entscheidung, daß im Zweifel stets für eine directe Substitution zu sprechen sey, die Beschränkung hinzufügt: „quamquam directa interdum ad fideicommissum ex causa trahatur." Diesem

Kinder ohne Leibeserben mit Tode abgehe, solle deren Theil seinen überlebenden Brüdern und Schwestern anfallen und folgen. (Leyser med. ad Pand. p. 362. m. 1.) — Wäre der favor fideicommissorum in dem Sinne zu nehmen, welchen man ihm freilich nicht selten beilegt, so würde der gewählte Ausdruck damit wohl zu vereinigen gewesen seyn. — Eben so hätte übrigens auch der folgende Fall entschieden werden müssen: es setzt der Testirer seine Kinder als Universalerben ein, mit der Bestimmung, daß, wenn vor dem Testirer ein und das andere Kind mit Tode abgienge, dessen hinterlassene Kinder an dessen Stelle treten und in stirpes succediren, auch, wenn einer der Söhne ohne Kinder stürbe, der andere Sohn dessen Portion haben und behalten solle. Indessen erklärte die Wittenberger Juristenfacultät die letztere Verfügung für eine fideicommissarische (Leyser p. 362. m. 2.), wobei übrigens Leyser bemerkt, daß er der entgegengesetzten Meinung gewesen, allein von seinen Collegen überstimmt worden sey.

gemäß würde in dem folgenden Falle mit Recht eine fideicommissarische Substitution angenommen. Der Testirer hatte verfügt, daß seine drei Töchter von dem Erben 24000 Gulden ausbezahlt erhalten sollten, und daneben geordnet, „daß diese 24000 Gulden von einer auf die anderen, da eine vor der anderen verstürbe, und ihre hinterlassenen Kinder zugleich in stirpes fallen sollen"[97]). Eine fideicommissarische Universal-Substitution (fideicommissum hereditatis) würde also auch darin liegen, wenn es hieße: den A. setze ich zu meinem Erben ein, es soll aber die Erbschaft nach dessen Tode an seine Kinder fallen, — oder, bei seinen Kindern bleiben. Dabei entsteht denn aber wieder die Frage: ob nicht in einem solchen Falle, wo für das Daseyn einer fideicommissarischen Substitution zu entscheiden ist, die Disposition auch als directe Substitution aufrecht erhalten werden könne, falls nur diese nicht durch die Worte geradezu ausgeschlossen ist? Dies nun darf man unbedenklich zugeben, in Folge der Regel, es sey jedes Rechtsgeschäft, und vor Allem ein Testament, im Zweifel so auszulegen, daß es eher bestehe, als unwirksam werde. Wenn der Testirer sich hierbei auch so ausdrückt, daß man sieht, er habe nur den Fall vor Augen gehabt, den wohl jeder Testirer bei der Einsetzung eines Erben wünscht und als den wahrscheinlicheren sich denkt, daß nämlich der Erbe die ihm zugedachte Erbschaft auch wirklich erwerben werde, so hat er den anderen Fall darum noch nicht ausschließen wollen, vielmehr dürfen wir — falls nicht der Ausdruck oder andere Gründe bestimmt entgegenstehen — dies als seinen ausgesprochenen Willen ansehen, daß die Substituten in jedem Falle die

97) Leyser sp. 362. m. 2.

Erbschaft erhalten sollen, wenn ihnen der zuerst ernannte Erbe nicht mehr im Wege steht.

3) Außer der Vulgar- und Pupillar-Substitution kennt man auch noch eine s. g. Quasipupillarsubstitution, wovon auch im gegenwärtigen Titel die Rede seyn wird, (§. 1456). Wenn man dagegen aus den Vorrechten, welche den Soldaten in Ansehung testamentarischer Substitutionen zustehen, einen eignen Begriff, den einer militaris substitutio bildet [98]), so ist dies eben so sonderbar, als wenn man von einer institutio oder exheredatio militaris reden wollte, weil auch in dieser Hinsicht der Soldat nicht an die gemeinrechtlichen Vorschriften gebunden ist.

§. 1446.

Vulgar- und Pupillar-Substitution.

Vulgarsubstitution ist die Ernennung eines Erben auf den Fall, daß der zuerst ernannte nicht Erbe werden sollte, also, entweder nicht Erbe werden könnte oder wollte [99]). Ein Hinderniß der ersten Art bezeichnen die Neuern als casus impotentiae, das der zweiten nennen sie den casus voluntatis [100]). Der Testirer kann beliebig die Substitution auf den einen oder den anderen dieser Fälle einschränken; im Zweifel ist aber eine solche Einschränkung nicht anzunehmen und jedenfalls

98) *Fr.* Duarenus in Disput. annivers. Lib. II. c. 7. (opp. p. 1062). et in comment. ad h. t. c. 7. 22. 23. *Thomas* Papillonius Pr. de directis heredum substitutionibus; ap. Otton. T. IV. p. 757 sq.

99) L. 3. C. *de heredib. instit.* (VI. 24).

100) Höpfner's Commentar §. 500.

ein allgemeiner Ausdruck (z. B. si Titius heres non erit) auf beide Fälle zu beziehen. Ob auch, wenn nur der eine Fall ausgedrückt ist, dennoch der zweite als sich von selbst verstehend in der Substitution mit begriffen sei, falls nicht die Einschränkung auf einen derselben deutlich erklärt ist, darüber streitet man; es wird das Nähere hierüber unten (§. 1447.) vorkommen. Jede Substitution enthält eine bedingte Erbeinsetzung[1]); bei der Vulgarsubstitution ist die Bedingung der Succession die, daß ein früher ernannter Erbe nicht succediren würde, weshalb sie in unseren Quellen auch so umschrieben wird: **plures gradus heredum facere vel scribere**[2]). Der erste Erbe ist daher **primo gradu scriptus**, der Substitut **secundo gradu scriptus heres**[3]),

1) L. 1. §. 13. L. 11. §. 5. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2). L. 41. §. 6. *D. h. t.* — Die Streitigkeiten darüber: ob man Substitutionen bedingte Erbeinsetzungen nennen dürfe, oder nicht, sind dem Resultate nach nur Wortstreitigkeiten. Die Gründe für die verneinende Meinung sind am ausführlichsten vorgetragen von *Fr. Ram. del* MANZANO Praelection. ad tit. de vulg. et pup. subst. cap. I. §. 10—27. (bei Meermann T. VII. p. 325—333). Die entgegengesetzte Ansicht hat ausser dem buchstäblichen Ausdruck der Quellen seit der Glosse auch die meisten Anhänger gehabt. Vgl. auch *H.* DONELLUS comment. jur. civ. Lib. VI. c. 23. §. 14.

2) Pr. I. *de vulg. substit.* (Vergl. GAJI inst. II. §. 174). L. 1. pr. D. *h. t.* L. 36. pr. D. *ead.* — Vergl. ULP. Fragm. Tit. XXII. §. 33. PAULLI rec. sent. L. III. Tit. IV. B. §. 4.

3) S. die in der vor. Note angeführten Stellen. — Der erste Erbe wird auch primus, der Substitut secundus heres genannt. S. die Relation Suetons über das Testament

und da auch dem Substituten selbst wieder substituirt werden kann, so ist der zweite Substitut tertio gradu scriptus, der dritte quarto gradu scriptus u. s. w. Daß der früher eingesetzte zuerst genannt werde ist nicht nöthig, weshalb es denn also eine giltige Substitution ist, wenn es heißt: Titius heres esto, si Mevius heres non erit[4]). Uebrigens heißt diese Substitution vulgaris, weil sie von jedem Testirer verfügt werden kann, im Gegensatze der pupillaris, welche nur dem Vater kraft väterlicher Gewalt zusteht[5]). Pupillarsubstitu-

des Augustus (vita Octavii c. 101) „*Heredes* instituit *primos* Tiberium, ex parte dimidia et sextante, Liviam ex parte tertia —; *secundos*, Drusum, Tiberii filium, ex triente, et, ex partibus reliquis, Germanium —; *tertio gradu*, propinquos amicosque plures". — Vergl. auch Taciti annal. I. 8. „Tiberium et Liviam heredes habuit —. *In spem secundam* nepotes pronepotesque, *tertio gradu* primores civitatis scripserat".

4) L. 28. D. *de hered. inst.* „Si ita quis institutus sit: *Titius heres esto, si secundus heres non erit;* deinde: *secundus heres esto*, placet, *primo gradu secundum esse institutum.*" Ohne diesen letzten Zusatz würde bei strenger Anwendung der Regel: in conditione positus non est positus in institutione der secundus nicht für eingesetzt zu halten seyn. S. oben S. 237 fg.

5) S. Theophili paraphr. inst. pr. de vulg. subst. — Brisson. de V. S. v. *vulgaris* §. 2. „*Vulgaris substitutio* potest videri dicta, quae ex legibus XII. Tabularum descendit, nisi cui magis placeat inde dicta, quod a quolibet testatore et cuicumque heredi scripto fieri possit. Nam et in *vulgarem casum* factam substitutionem dixit Modesti-

tion ist nämlich die vom Vater oder von einem väterlichen Ascendenten ausgehende Ernennung eines Erben für ein des Testirers väterlicher Gewalt unterworfenes Kind, auf den Fall, daß dieses während der Unmündigkeit sterben würde[6]). Es kann zwar auch die Mutter, welche ihr Kind zum Erben einsetzt, und überhaupt Jeder, welcher einen Unmündigen einsetzt, direct und fideicommissarisch substituiren, direct, indem das Kind auf den Fall, daß es die Jahre der Mündigkeit erreichen werde, eingesetzt und ihm für den Nichterfüllungsfall der Bedingung ein anderer substituirt wird[7]), fideicommissarisch in der Art, daß der Unmündige eingesetzt, zugleich aber bestimmt wird, daß nach dessen vor der Pubertät erfolgtem Ableben die Erbschaft an einen Dritten fallen solle[8]); allein eine eigentliche Pupillarsubstitution ist dies nicht[9]). Ein solcher Substitut ist — unmittelbar oder mittelbar — Erbe des Erblassers selbst; Pupillarsubstitution dagegen ist eine Testamentshandlung für den Pupillen[10]) und der Substitut des Pupillen Erbe[11]). Gewöhnlich ist es frei-

nus, in L. 4. §. 1. D. *de vulg. et pup. subst.* — S. auch *H.* DONELLUS comment. jur. civ. Lib. VI. c. 23. §. 18.

6) Pr. I. *de pup. substit.*

7) L. 33. D. *h. t.*

8) §. ult. I. *de pup. subst.*

9) Hierüber wird das Nähere unten beim §. 1451. Nr. 1 vorkommen.

10) L. 2. pr. D. *h. t.* („Moribus introductum est, ut quis *liberis impuberibus testamentum facere* possit.“) Pr. I. in f. *de pup. subst.* §. 2. *eod.*

11) Pr. I. *de pup. subst.* — „si extiterit heres filius,

lich, daß der Vater den Pupillen zum Erben einsetzt und hieraus erklärt es sich auch, daß man auf die Ernennung eines Erben für den Pupillen den Begriff einer Substitution anwandte, da in den frühesten Zeiten ein Pupill nicht leicht anderes Vermögen, als das vom Vater ererbte hatte [12]). Allein der Pupillarsubstitut erhält auch das übrige Vermögen des Pupillen, ja es ist sogar möglich, daß der Pupill nichts vom väterlichen Vermögen bekommt; indem er entweder von der väterlichen Verlassenschaft abstinirt [13]), oder von der Erbschaft ausgeschlos-

et ante pubertatem decesserit, *ipsi filio sit heres substitutus.*" — §. 2. *eod.* — L. 10. §. 5. D. *h. t.*

12) Früher scheint man sich in der That auch den Substituten als Nacherben des Vaters gedacht zu haben, mithin von der Vorstellung ausgegangen zu seyn, daß der Vater ein wirksames Erwerbsrecht des Pupillen bis zu dessen Mündigkeit durch sein Testament beschränken oder ausschließen dürfe. Auch lautete die Formel der Pupillarsubstitution ähnlich, wie die der Vulgarsubstitution: „Si — filius — — prius moritur (quam in suam tutelam veniat), tum ut *mihi* ille sit heres." Cic. de or. II. 32. in f. (Dieselbe Formel kommt auch in der L. 1. §. 1. D. *h. t.* und in der L. 8. §. 1. D. *de B. P. sec. tab.* XXXVII. vor, jedoch mit der Bemerkung, daß das *mihi* der Substitution nicht nachtheilig sei). Vgl. auch Cic. de inv. II. 21. Wo der status controversiae, in Beziehung auf ein solches Testament, so formirt wird: Possitne quisquam de filii pupilli re testari, *an heredes secundi ipsius patrisfamilias, non filii quoque ejus pupilli heredis sint?*" Dadurch wird denn die Benennung vollständig erklärt. S. Schrader not. ad pr. J. *de pup. subst.* (zu den Worten: *sit eis heres.*)

13) L. 42. pr. D. *de acq. v. om. heres.* (XXIX. 2.)

sen wird [14]), ohne daß darum die Pupillarsubstitution ihre Wirksamkeit verliert. Wäre aber auch nur das väterliche Vermögen Gegenstand der Pupillarsubstitution, so ist es ja immer Vermögen des Pupillen geworden, mithin beerbt der Pupillarsubstitut als solcher diesen, nicht aber den Vater. Ganz unzulässig ist daher die Behauptung einiger Neueren, daß die Pupillarsubstitution gar keine Substitution sei, wenn das Kind vom Vater gar nichts erbt, und daß sie nur zum Theil eine Substitution sei, wenn es neben dem väterlichen auch eignes Vermögen besitze [15]). Wäre die Voraussetzung, wovon hierbei ausgegangen wird, richtig, so müßte man überhaupt den Begriff einer Pupillarsubstitution verwerfen; denn immer succedirt der Pupillarsubstitut in das Vermögen des Kindes, es ist mithin, wenn die Bedingung seiner Einsetzung eintritt, ganz gleichgiltig, wie und aus welchem Grunde das Vermögen dem Pupillen erworben ist [16]).

14) Pr. J. *de pup. subst.* — Freilich ist nach dem neueren Rechte die Enterbung eines Kindes nur als exheredatio bona mente von Wirkung (s. Bd. 37. d. Comment. §. 1425 e.) Denn seitdem das Notherbenrecht aufhörte, ein blos formelles zu seyn, dem durch die Worte im Testamente: si exheres esto, vollkommen genügt wurde, konnte die Enterbung eines Kindes zur Strafe d. i. weil es die Ausschließung verdient hatte, schwerlich mehr wirksam seyn.

15) S. Höpfner Comment. §. 504.

16) S. oben die Note 11. und *G. S.* Madihn (resp. *A. Guil.* Castring) Diss de vera indole substitutionis pupillaris tam jure veteri quam recentiori (Hal. 1759. neu aufgelegt unter dem Titel: Diatr. jur. civil. vicissitudines substitutionum impuberum complexa. Ib. 1769.) §. 8. Nr. IV. p. 67 sq. — Freilich

Das Recht zur Pupillarsubstitution ist also eine Erweiterung des Rechts der väterlichen Gewalt über ihre eigentlichen Gränzen hinaus, gerade so, wie das Recht des Vaters seinem unmündigen Kinde einen Vormund zu geben. Das letztere Recht ist ausdrücklichen Quellenzeugnissen zufolge durch das Zwölftafelgesetz eingeführt[17]; ob auch die Befugniß zur Pupillarsubstitution? ist streitig[18]. Nach den Aeusserungen der Röm. Juristen beruht es auf Gewohnheitsrecht[19], und gewiß ist, daß es durch die Volkssitte begünstigt wurde, indem unmündige Kinder kein Testament errichten durften, folglich es auch nicht geheim gehalten werden konnte, wer dessen Erbe seyn werde, was denn wohl für die persönliche Sicher-

läßt sich aber der Begriff einer Pupillarsubstitution nur historisch construiren, und darin hat Höpfner (a. a. O. Note 1) vollkommen Recht, daß es unrömisch sey, wenn man gewissermaßen a priori einen allgemeinen Begriff von Substitution bildet, und unter diesen die Pupillarsubstitution zwängt; in diesen Fehler ist allerdings auch Madihn gefallen, in der angef. Dissertat. §. 12.

17) L. 1. pr. D. *de test. tut.* (XXVII. 2.)

18) Daß sie wenigstens mittelbar ihren Ursprung in diesem Gesetze habe (nämlich in der Anwendung des Grundsatzes: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto,) wird vielfältig behauptet. S. a Costa et Vinnius comment. ad pr. Just. *de pup. subst.* in f. Madihn Diss. cit. §. 6.

19) L. 2. pr. D. *h. t.* („Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, foeminae ad duodecim.") Vrgl. pr. J. *de pup. subst.* in f.

heit des Pupillen bisweilen gefährlich erscheinen mochte [20]). Durch Pupillarsubstitution war eine Geheimhaltung des künftigen Erben leicht zu bewirken, wenn nämlich der Vater entweder ein besonderes Testament für das Kind machte (s. §. 1450), oder den die Pupillarsubstitution enthaltenden Theil seines Testaments besonders verschloß; dies pflegte auch häufig zu geschehen [21]), was denn die

20) Vrgl. L. 1. §. 1. D. *ubi pup. educ.* (XXVII. 2.) *Jan. a* Costa ad verba fin. pr. J. *de pup. subst.* S. auch die folg. Noten und den dazu gehörigen Text.

21) Gaji inst. Lib. II. §. 181. „Ceterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subjectus videatur pupillus, in usu est, vulgarem quidem substitutionem palam facere, i. e. eo loco, quo pupillum heredem instituimus; nam vulgaris substitutio ita vocat ad hereditatem substitutum, si omnino pupillus heres non extiterit — —, quo casu *nullum substituti maleficium suspicari possumus, cum* scilicet *vivo parente omnia, quae in testamenta scripta sunt, ignorentur;* illam autem substitutionem, per quam, etiamsi heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutum vocamus, *separatim in inferioribus tabulis scribimus, easque tabulas proprio lino propriaque cera consignamus* et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc impubere aperiantur.“ In den Justinianischen Institutionen ist diese Stelle sehr verändert; §. 3. J. *de pup. subst.* Insonderheit giebt hier der Kaiser zu verstehen, daß dabei wohl allzugroße Aengstlichkeit des Testirers zu Grunde liege. („Si autem quis ita formidolosus sit, ut timeret, ne filius ejus, pupillus adhuc, ex eo, quod palam substitutum accepit, post obitum ejus periculo insidiarum subjiceretur“ u. s. w. womit denn

Folge hatte, daß auch ohne eine ausdrückliche Anordnung des Vaters hierüber die Publication dieses Theils erst erfolgte, wenn der Unmündige vor der Pubertät mit Tode abgegangen war[22]).

§. 1447.

Substitutio simplex, duplex, expressa, tacita.

Es steht in der Macht des Testirers, seinen unmündigen Kindern einen Vulgar- und einen Pupillar-Substituten zu ernennen, also sowohl auf den Fall, daß sie überall nicht Erben des Vaters werden, als auf den Fall, daß sie nach des Vaters Tode während der Unmündigkeit sterben. Die Substitution heißt alsdann duplex substitutio, im Gegensatze der simplex, wenn nämlich die Substitution entweder nur für den einen oder für den anderen jener Fälle erfolgt ist[23]). Alsdann wird die

freilich der Schluß des §. nicht recht übereinstimmt — „quamvis hoc (nämlich: in demselben Testamente sich und dem Pupillen einen Erben ernennen) pupillo periculosum sit."

22) L. 8. D. *test. quemadm. aprianturr* (XXIX. 3.) „Pupillares tabulas, *etiamsi non fuerit superscriptum, ne aperirentur*, attamen, si seorsum eas testator reliquerit, Praetor eas aperiri, nisi causa cognita, non patietur."

23) L. 1. §. 1. D. *h. t.* „Heredis substitutio aut *duplex* est, aut *simplex*, veluti: Lucius Titius heres esto, si mihi Luc. Tit. heres non erit; tunc Sejus heres mihi esto; si heres non erit, sive erit, et intra pubertatem decesserit, tunc Cajus Sejus heres esto." — — Die duplex heißt auch substitutio in utrumque casum, L. 4. D. *h. t.*

Vulgarsubstitution auch subst. in casum vulgarem [24]) oder primum, die Pupillarsubstitution eine Substitution in casum secundum genannt [25]). Wie nun aber, wenn der Testirer nur den einen Fall genannt, den anderen aber nicht deutlich ausgeschlossen hat? z. B. er sagt: ich setze mein unmündiges Kind zum Erben ein, sollte es nicht Erbe werden, so substituire ich ihm den Titius. Gesetzt nun, er ist Erbe geworden, allein vor den Jahren der Mündigkeit mit Tode abgegangen, wird Titius alsdann auch für pupillariter substituirt zu achten seyn? Oder (im umgekehrten Falle), wenn der Ausdruck auf Pupillarsubstitution lautet, ist alsdann der Substitut auch auf den Fall für eingesetzt zu halten, wenn der Pupill überall nicht Erbe des Vaters wird? Hierauf beruht die Eintheilung der Neueren in eine substitutio expressa et tacita. Ob es nun eine stillschweigende gebe, d. h. ob der casus primus den casus secundus in sich schließe und umgekehrt? darüber wurde schon unter den Alten, und zwar bereits zur Zeit der freien Republik, gestritten. Die öfter erwähnte, bei dem Centumviralgericht verhandelte causa Curiana zeugt davon [26]). Der Erblasser

24) L. 4. D. *h. t.*

25) L. 8. C. *de impub. et al. subst.* (VI. 26.) — „exprimere debueras, maritus quondam tuus, quem — proponis secundum heredem scripsisse, utrumne in *primum casum, an in secundum* filio suo — — substituerit." — Vrgl. auch L. 45. pr. D. *h. t.*

26) Cic. de or. I. c. 39. „Quid vero? clarissima M'. Curii causa, Marcique Coponii nuper apud Centumviros, quo concursu hominum, qua expectatione defensa est?" — Id. de or. II. c. 6. et 32. Ferner:

hatte einen postumus (ein noch nicht gebornes Kind) zum Erben eingesetzt, und den M'. Curius auf den Fall substituirt, wenn der Postumus die Jahre der Mündigkeit nicht erreichen sollte [27]). Da nun der erwartete Postumus überall nicht erschien, so entstand ein Streit zwischen dem Intestaterben (Coponius) und dem Substituten. Jener machte den wörtlichen Ausdruck des Testaments für sich geltend, dieser die Absicht des Testirers, welcher offenbar nur den Postumus dem Substituten habe vorziehen, dagegen die Intestaterben durch den Substituten ausschließen wollen [28]). Q. Mucius Scävola vertheidigte die Sache des Intestaterben, Crassus die des Substituten; für diesen wurde entschieden [29]). Doch

or. pro *Caecina* cap. 18. — Quinctiliani instit. or. L. VII. c. 6.

27) Cic. de or. II. 32. Die Worte lauteten so: „Si mihi filius genitur, isque prius moritur, (quam in suam tutelam veniat), tum ut mihi ille (Curius) heres sit.“ —

28) Cic. de or. I. 39. — „quum Scaevola — — ex scripto testamentorum jura defenderet, negaret que: nisi postumus et natus, et antequam in suam tutelam veniret, mortuus esset, heredem eum esse posse, qui esset secundum postumum, et natum et mortuum, heres institutus; ego voluntatem defenderem: hac eum tum mente fuisse, qui testamentum facisset, ut, si filius non esset, qui in tutelam veniret, M'. Curius esset heres.“

29) Cic. or. pr. Caecina c. 18. „Ornate et copiose L. Crassus — — judicio centumvirali hanc sententiam defendit, *et facile — — probavit omnibus*: M'. Curium, qui heres institutus esset ita, mortuo postumo filio: cum filius non modo non

mochte die Frage noch lange zweifelhaft bleiben, besonders in Beziehung auf die Annahme einer stillschweigenden Pupillarsubstitution, indem wohl eher vorausgesetzt werden darf, daß der Vater dem Pupillarsubstituten jedenfalls die Verlassenschaft zuwenden wolle, wenn ihm das Kind nicht im Wege steht, als daß er auch die Erben des Kindes selbst durch den Substituten habe ausschließen wollen. Indessen auch hier wurde in der Folge für eine stillschweigende Substitution als Regel entschieden[30]), wie denn dies gegenwärtig allgemein anerkannt ist[31]). Dagegen streitet man: ob auch, wenn der Ausdruck auf Pupillarsubstitution lautet, eine stillschweigende Vulgarsubstitution anzunehmen sei?[32]). Nach dem,

mortuus, sed ne natus quidem esset, heredem esse oportere. Quid? verbis satis hoc cautum erat? minime. Quae res igitur valuit? voluntas“ u. s. w.

30) S. L. 4. C. *de impub. et al. subst.* und die weiter unten anzuführenden Stellen.

31) *Ant.* MERENDA controv. jur. Lib. III. c. 44. nr. 25 sq. wird freilich bisweilen wohl als Vertheidiger der Meinung angeführt, daß eine stillschweigende Pupillarsubstitution nicht anzunehmen sey. MADIHN Diss. cit. §. 11. pag. 112. S. jedoch darüber unten, besonders Note 88.

32) Von den Vertheidigern der bejahenden Meinung, welche von jeher auch als die gemeine angesehen werden konnte, mögen hier nur genannt seyn: Gl. Acc. ad L. 4. D *h. t.* *H.* DONELLUS in den comment. jur. civil. Lib. VI. c. 24. § 5. 6. *Ejusd.* comment. ad L. 2. C. *de impub. et al. subst.* Nr. 2. 3. (comment. ad quosd. libr. Cod. Frf. 1699. p. 408.) *A.* VINNIUS ad pr. J. de pup. subst. Nr. 5. et sel. jur. quaest. Lib. II. c. 24. MADIHN Diss. cit. §. 11. *Dider.* SCHADBE

was bisher vorgetragen wurde, sollte man die bejahende Antwort nicht einmal für zweifelhaft halten[33]: der Fall, worüber am wenigsten Streit seyn konnte, wurde in dem Curianum judicium entschieden[34], wie sollte also, wenn in der Folge auch die zweifelhaftere Frage bejaht

Spec. ad L. 4. D. de vulg. et pup. subst. (Francq. 1764. und in *Gerh.* Oelrichs thes. nov. diss jurid. in academ. Belg. habitar. Vol. II. [seu potius Vol. I. Tom. 2.] Nr. VIII.) Cap. I. §. 5. *Christ. Guil.* Schweitzer pro substitutione vulgari. Jen. 1814. und die meisten neueren Lehrbücher. S. z. B. Mackeldey Lehrb. ed. XI. §. 669. not. n. — Vertheidiger der entgegenstehenden Ansicht sind: *A.* Faber error. Pragm. Dec. XXXII. Err. 9. 10. Dec. XXXIII. Err. 1—6. Puettmann probabil. jur. civ. L. II. cap. 14. v. Wening-Ingenheim Beiträge zur Lehre von den Substitutionen in letztwilligen Verfügungen, in der Zeitschr. für Civilrecht u. Prozeß Bd. III. Nr. VI. VII. S. dagegen meine Bemerkungen in dem Lehrb. der Pand. §. 674. Note 3. der 2. A. und in ed. IV. der doctr. Pand. ibid.

33) *H.* Donellus in den (Note 30) angeführten Comment. ad L. 2. C. de imp. et al. subst. Nr. 3. äußert sich geradezu über die entgegenstehende Meinung so: „Quo magis reprehendendi videntur quidam, qui in re aperta litem movent, et, cum admiserunt, vulgari substitutione expressa etiam contineri pupillarem, negant tamen, idem jus esse vice versa.“

34) Zwar behauptet *Fr.* Connanus (comment. jur. civ. Lib. X. C. 8. Nr. 12.): es sey in dem Judicium Curianum nicht die Rede davon gewesen: „an pupillaris vulgarem contineret,“ sondern: „utrum, quod in postumo mortuo cautum erat, valeret in postumo non nato, cum hujus eadem sit, quae et mortui

wurde, gerade in Ansehung jenes Falls das Gegentheil angenommen worden seyn. Nur wenn dies durchaus deutlich und bestimmt angeordnet wäre, müßten wir daran glauben, ohne indessen den Grund einer solchen Verschiedenheit recht begreifen zu können. Allein die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht sehen sich sogar genöthigt, den buchstäblichen Ausdruck einer Stelle, welche hier ganz besonders in Betracht kommt, auf eine fast sprachwidrige Art zu beschränken, um darin einen Beleg für ihre Meinung zu finden. Es ist dies die **L. 4. D.** *h. t.*, welche aus Modestin's **liber singularis de Heurematicis** genommen ist, und so lautet:

„**Jam hoc jure utimur ex Divi Marci et Veri constitutione, ut, quum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non extiterit, sive extiterit, et impubes decesserit (§. 1). Quod jus ad** *tertium* **quoque** *genus substitutionis* **tractum esse videtur; nam si pater duos filios impuberes heredes in-**

ratio.“ v. Wening-Ingenheim benutzt diese Autorität zur Begründung seiner Erklärung: daß die causa Curiana überhaupt nur auf den Fall einer Vulgarsubstitution gegangen sey. Ich bekenne, daß ich dieß weder mit den Worten der Quellenrelationen, noch mit bekannten Rechtsbegriffen zu vereinigen vermag. Denn, wenn der Vater seinen postumus für den Fall, daß dieser in der Unmündigkeit sterben würde, auf die obige Art substituirt, so ist dabei natürlich vorauszusetzen, daß derselbe des Vaters Verlassenschaft (als dessen **suus heres**) erworben haben werde. Es ist mithin durchaus willkührlich, hier an eine Vulgarsubstitution zu denken.

stituat, eosque invicem substituat, in utrumque casum reciprocam substitutionem factam videri, D. Pius constituit[35]. (§. 2). Sed si alter pubes, alter impubes, hoc communi verbo: *eosque invicem substituo*, sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem, Severus et Antoninus constituit, incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris. Hoc itaque casu singulis separatim pater substituere debebit, ut, si pubes heres non extiterit, impubes ei substituatur, si autem impubes heres extiterit, et intra pubertatum decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituatur; quo casu in utrumque

35) Was unter dem tertium genus substitutionis hier verstanden werde? ist streitig. Die von den Meisten angenommene und auch richtige Meinung ist folgende: es ist damit nicht die reciproke Substitution als solche gemeint, d. h. nicht jede Art derselben, sondern nur die von den Neueren s. g. breviloqua oder compendiosa (§. 1448), welche Modestinus im Gegensatze der vorher (im pr.) angef. allerdings als eine dritte Art der Substitution bezeichnen konnte. Nämlich der Testirer substituirt entweder nur vulgariter oder nur pupillariter, oder er substituirt die eingesetzten Erben einander durch einen kurzen Ausdruck (eosque invicem substituo), über dessen Bedeutung (d. h. ob er nur auf eine Art der Substitution oder auf beide zu beziehen sey) ebenfalls Zweifel entstehen konnten. S. *Lud.* Charondas verisimil. Lib. II. cap. 13. ad L. 4. *h. t.* (in Otto thes. jur. Rom. T. I. p. 761. 762.) *Rom.* Papillonius de direct. hered. subst. cap. III. (bei Otto T. III. pag. 673.) Schader diss. cit. cap. II. (l. l. p. 329 — 333.)

eventum substitutus videbitur, ne, si vulgari modo impuberi quoque substituatur, voluntatis quaestionem relinquat, utrum de una vulgari tantummodo substitutione in utriusque persona sensisse intelligatur. Ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur; vel certe evitandae quaestionis gratia specialiter in utrumque casum impuberi substituat fratrem, *sive heres non erit, sive erit, et intra pubertatis annos decesserit.*"

Auffallend muß es erscheinen, daß Modestinus die in Bezug genommenen kaiserlichen Constitutionen (die ohne Zweifel nur Rescripte waren) nicht in historischer Ordnung anführt und dennoch sich so ausdrückt, als ob die in dem §. 1 erwähnte Verordnung von D. Pius nur eine Anwendung der in dem pr. angeführten Constitution der später lebenden Kaiser sei, was aber auch dem Inhalte nach nicht wohl anzunehmen ist, indem es gewiß viel näher liegt, einen allgemeinen Ausdruck auf beide Arten der Substitution zu beziehen, als die eine durch die andere für ausgedrückt zu halten. Wir dürfen also annehmen: zuerst wurde in einem Rescript des K. Antoninus Pius es bestimmt anerkannt, daß eine für unmündige Erben in allgemeinen Ausdrücken angeordnete gegenseitige Substitution auf beide Fälle zu beziehen sei (§. 1). Darauf entschieden die Kaiser Marc. Aurel und L. Verus, daß von der einen auf die andere geschlossen werden dürfe (pr.). Mochte nun K. Antoninus Pius sich in der That zu allgemein ausgedrückt haben, oder nur eine unrichtige Anwendung von den früheren

Bestimmungen in einem einzelnen Falle gemacht werden, — genug, die Kaiser Septimius Severus und Caracalla (Severus et Antoninus) fanden sich (nach §. 2 unserer Stelle) zu der Erklärung veranlaßt, daß, wenn Mündige neben Unmündigen eingesetzt seien, eine allgemein ausgedrückte gegenseitige Substitution auch in Beziehung auf den unmündigen Erben nur als Vulgarsubstitution gelten solle[36]). Die Worte des §. 1: „Quod jus ad tertium quoque genus substitutionis tractum esse videtur" u. s. w. sind daher dem Sinne nach etwa so wiederzugeben: Auf einem ähnlichen Grunde scheint denn auch die Verordnung Antonins zu beruhen, daß eine reciproke Substitution im Zweifel auf beide Arten zu beziehen sey[37]).

Betrachten wir nun zuvörderst die Eingangsworte

36) Vergl. Schader diss. cit. Cap. II. §. II. u. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 3. S. 122 fg.

37) Wenn Manche annehmen: die Verordnung von Ant. Pius gehe auf gewisse Weise weiter, wie die der beiden vorhergenannten Kaiser, und sie sey vor der Constitution von Marc Aurel und L. Verus nicht als geltendes Recht anerkannt (s. Schader l. l. p. 331 sq.): so ist diese Ansicht offenbar nur durch das Bestreben hervorgerufen, den Juristen Modestinus gegen den Vorwurf anachronistischer und verworrener Darstellung zu schützen. Denn ohne alle Frage ist die Constitution dieser beiden Kaiser eher als Erörterung der Verordnung Antonins anzusehen, wie umgekehrt. Modestins Darstellungsweise hat offenbar darin ihren Grund: er stellt das erweiterte Recht (als dasjenige, welches das frühere auch mit umfaßt,) an die Spitze, und schaltet darauf das auf gleichem Grunde beruhende frühere Recht ein, um demnächst die in dem §. 2 enthaltene Einschränkung daran zu knüpfen.

unserer Stelle, so enthalten sie buchstäblich die Regel: wenn Jemand seinem unmündigen Kinde auch nur für einen Fall (in alterum casum) substituirt, so wird die Substitution dennoch auf beide Fälle (in utrumque casum) bezogen [38]). Es ist fast unglaublich, mit welcher Leichtigkeit die Gegner der stillschweigenden Vulgarsubstitution dies wichtige Argument zu behandeln pflegen. Sie nehmen entweder gar keine Notiz davon [39]), oder sie begnügen sich damit zu sagen: es gehe aus dem dazu angeführten Beispiele hervor, daß unter dem alter casus die

38) Will man darauf Gewicht legen, daß alter häufig nur einen von zweien Fällen bedeute (also den anderen ausschließe), so müßte man hier den Ausdruck für gleichbedeutend erklären mit casus secundus (also gerade umgekehrt davon verstehen, daß der Vater und die Pupillarsubstitution ausgedrückt hätte). Indessen würde eine solche Auslegung hier eben so willkührlich seyn, wie die entgegengesetzte, daß derselbe nur auf die Vulgarsubstitution zu beziehen sey. Wo das Wort unbestimmt gebraucht wird, wie hier, muß es im Zweifel auf das eine Subject eben so gut, wie auf das andere bezogen werden; in unserem Falle also bedeutet es soviel, als: wenn der Vater auch nur für einen dieser beiden Fälle, die Substitution ausspricht. S. *Jac.* CUJACIUS in comment. ad h. l. u. POTHIER ad eund. l. h. t. Nr. 26. (Siehe auch die in der Note 41. angef. Schr.)

39) In der deutschen Uebersetzung des corpus juris (Bd. III. S. 85. übers. v. Hunger) ist die Stelle sogar geradezu so wieder gegeben: wenn ein Vater seinen unmündigen Sohne „gemeinhin (vulgariter)" substituire, so sey anzunehmen, er habe auf beide Fälle substituirt. Es muß diese Willkühr um so mehr auffallen, als die Vorrede (Bd. I. S. XIX.) eine wörtlich treue Uebersetzung verheißt.

Vulgarsubstitution verstanden werde[40]). Das von Modestin angeführte s. g. Beispiel nun ist: sive filius heres non extiterit, sive extiterit, et impubes decesserit. Allein ist dieser Satz nicht eben so allgemein und unbestimmt, wie die voraufgehende Regel? Der Jurist lehrt: man kann seinen unmündigen Kindern vulgariter und pupillariter substituiren, und in der Regel schließt der eine Fall den andern von selbst ein, es mag nun der Pupill überall nicht Erbe des Vaters werden, oder es geworden seyn, indessen vor der Pubertät sterben. Hierdurch bezeichnet Modestin in der Kürze die Fälle, in denen die Substitution ihre Wirksamkeit äußern kann, keineswegs aber spricht er von der Art der Anordnung selbst. Mit welchem Rechte will man nun daraus, daß er zuerst den Fall berücksichtigt, wenn die Substitution als Vulgarsubstitution ihre Wirkung äußert, folgern: er habe lediglich diese vor Augen? vollends aber: er gebe dadurch zu erkennen, die stillschweigende Vulgarsubstitution sey zu verwerfen? Um es recht anschaulich zu machen, wie gesucht die Argumentation der Gegner sey, wollen wir einmal annehmen, die voraufgehende Regel sey mit dürren Worten so bestimmt: ist auch nur die Pupillarsubstitution ausgedrückt, so soll sie zugleich als Vulgarsubstitution gelten, und dabei fände sich denn der Zusatz: also die Substitution ist stets wirksam, mag nun der Pupill gar nicht Erbe geworden, oder nur vor der Pubertät gestor-

40) *A.* Faber error. Pragmat. Dec. XXXII. Err. 9. p. m. 381. *A.* Merenda controv. Lib. III. c. 43. Nr. 15. v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 160.

ben seyn. Wer möchte wohl behaupten, daß dieser Zusatz zu der voraufgehenden Regel nicht passe, oder nicht vielmehr derselben vollkommen entspreche? Muß man dies nun zugeben, so ist in der That nicht der geringste Grund vorhanden, einen voraufgehenden allgemeinen Ausdruck dadurch für beschränkt zu achten [41]). Daß der Jurist aber seinen Grundsatz auch allgemein verstanden wissen wollte, geht daraus hervor, daß er denselben in dem §. 1 noch auf den von ihm sogenannten dritten Fall anwendet [42]).

Aller Zweifel über die Meinung Modestins wird aber durch den Inhalt des §. 2 unserer Stelle gehoben. Unmittelbar vorher war gesagt: eine in allgemeinen Ausdrücken angeordnete gegenseitige Substitution der Erben sey auf beide Fälle zu beziehen. Nun wird die Beschränkung hinzugefügt: es müsse aber die Substitution für die Miterben auf beide Fälle möglicherweise bezogen werden können. Wenn daher einem mündigen und einem unmün-

41) Vergl. Vinnius sel. jur. quaest. Lib. II. c. 44. p. 530. Schadee diss. cit. c. I. §. 5. p. 323., Schweitzer diss. cit. p. 6. 7.

42) S. Schadee l. l. p. 324. u. Schweitzer in der angef. Diss. p. 7. — Diesen Grund glaubt Wening (a. a. O. S. 160) durch die Bemerkung aus dem Wege räumen zu können: man dürfe sehr gut sagen, ein Grundsatz werde auch auf die dritte Gattung der Substitution bezogen, obgleich er nur bei der einen von den beiden andern gilt. — Allein wie weit hergeholt auch dies wieder ist, sieht Jeder leicht. Wie sollte Modestin wohl darauf verfallen seyn, von einem tertium genus substitutionis zu sprechen, wenn er dabei nicht an einen dritten Fall der Anwendung seiner Regel gedacht hätte?

digen Miterben auf diese Weise substituirt werde, so bestehe die Substitution nur als eine vulgäre. Wolle der Vater dennoch das Gegentheil bewirken, so müsse er jedem besonders substituiren (singulis separatim pater substituere debebit), etwa in der Art: *„si pubes heres non extiterit, impubes ei substituatur,"* in Beziehung auf den Unmündigen aber: *„si impubes heres extiterit, et intra pubertatem decesserit, pubes in portionem coheredis substituatur;" quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur."* Durch diese Worte wird doch wohl deutlich genug anerkannt, daß der Ausdruck der Pupillarsubstitution stillschweigend auch die Anordnung einer Vulgarsubstitution enthalte. Der Jurist sagt: eine gegenseitige Substitution gilt alsdann nur als Vulgarsubstitution, wenn sie die Eigenschaft einer Pupillarsubstitution blos für einen der Erben haben könnte, indem er hinzufügt: beabsichtige der Testirer das Gegentheil, so müsse er Jedem besonders substituiren. Dabei nun verlangt er nicht etwa, daß bei dem mündigen Substituten beide Fälle ausgedrückt werden, — nein, er hält es für hinreichend, daß der Testirer seine Absicht bestimmt erkläre, dem Unmündigen pupillariter substituiren zu wollen, da alsdann die Substitution auch als Vulgarsubstitution gelte. Bedenklich sey es aber, wenn er dies beabsichtige, dem mündigen Substituten blos ebenfalls nur vulgariter zu substituiren; denn alsdann könne leicht ein Zweifel darüber erhoben werden, ob dessen Substitution nicht auf den Vulgarfall zu beschränken sey, da ja auch die Substitution des Unmündigen nur als Vulgarsubstitution bestehen könne, und überhaupt die Regel: daß ein Schluß von einer Substitution auf die andere gelte, stets unter der Einschränkung

zu verstehen sey, sofern dies wirklich der Testirer gewollt hat[43]). Um daher ganz sicher zu gehen (fügt er hinzu), sey in einem Falle dieser Art es am rathsamsten, beide Substitutionsfälle auszudrücken[44]). In der That ist das ganze Raisonnement Modestins so klar und zusammenhängend, daß ein Mißverständniß kaum möglich scheint. Jeder verständige Jurist würde auch heut zu Tage einen solchen Rath ertheilen, und gewiß Niemand darin einen Mangel an Uebereinstimmung entdecken, wenn derselbe sich so ausdrückte: kann die Substitution nur für Einen der Miterben eine Pupillarsubstitution seyn, so hat die compendiosa substitutio auch für Beide nur die Wirkung einer Vulgarsubstitution. Hier wird mithin jedem besonders substituirt und jedenfalls der secundus casus ausgedrückt werden müssen, will man anders Zweifeln und Streitigkeiten über die Absicht des Testirers

43) Dies ist der Sinn des Satzes: „ne, si vulgari modo impuberi quoque substituatur, voluntatis quaestionem relinquat, utrum de una vulgari tantummodo substitutione in utriusque persona sensisse intelligatur; ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur." Der Jurist erläutert also den vorausgehenden Satz: der Vater dürfe es nicht bei der compendiosa substitutio bewenden lassen, sondern er solle singulis separatim substituiren, dahin: nur sey es rathsam, die zweite Substitution jedenfalls als Pupillarsubstition auszudrücken. Daß Modestin dadurch nicht etwa von der Ansicht der Kaiser Severus u. Antoninus abweicht, ist gegen *H.* Brenkmann (de Eurematic. cap. VII. §. 25 sqq.) sehr gut ausgeführt von Schadee diss. cit. cap. III. §. 2 sqq.

44) Merenda controv. jur. Lib. III. c. 43. Nr. 28. und besonders Schadee l. l. c. III. §. 1.

vorbeugen; ja am besten ist es, man drückt beide Fälle buchstäblich aus. — Kaum begreiflich ist es, wie A. Faber hier fragen kann: welcher Zweifel denn möglicherweise hätte entstehen können, wenn wirklich die Regel festgestanden habe, daß die Pupillarsubstitution auch als Vulgarsubstitution auszulegen sey [45]). Die Antwort hierauf giebt der Jurist selbst deutlich genug: weil ein Schluß von der einen auf die andere Substitution jedenfalls nur unter der Beschränkung Statt findet, falls nicht eine anderweitige Absicht des Testirers sich erweisen läßt; weshalb es denn am gerathensten erscheint, die Verfügung so zu fassen, daß ein Zweifel ganz unmöglich ist. Noch weiter aber, wie Faber, geht Wening, indem er die Schlußbemerkung Modestins für eine sinnlose erklärt, wenn man nicht annehme, der Jurist habe dadurch eigentlich nur bestimmen wollen, wie seine frühere Aeußerung: quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur zu verstehen sey; er sage nämlich: es sey nothwendig sich über die vulgaris substitutio ausdrücklich zu erklären [46]). Aber wo steht denn etwas von der Nothwendigkeit einer solchen Erklärung? Es heißt ja nur: um ja jeden

45) A. Faber Err. Pragm. Dec. XXXII. Err. 10. in f. Er fühlt übrigens selbst, wie wenig dieser Einwurf sagen will, und hilft sich daher, wie gewöhnlich, durch Annahme eines Tribonianismus, wodurch die hier hauptsächlich entscheidenden Worte (quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur) in die Stelle gekommen seyn sollen. Hätte Tribonian hier wirklich etwas geändert, und so geändert, so würde Er wenigstens seine Meinung über die tacita vulgaris substitutio dadurch klar an den Tag gelegt haben.

46) a. a. O. S. 161 fg.

Zweifel abzuschneiden (vel certe evitandae *quaestionis* gratia), solle man lieber beide Fälle speziell ausdrücken (specialiter in utrumque casum impuberi *substituat* fratrem). Hätte hier Modestin wirklich den speziellen Ausdruck beider Fälle für nothwendig erklärt, so würde seine Darstellung in der That so verworren, willkührlich und unzusammenhängend seyn, als sie jetzt klar und in sich völlig übereinstimmend ist.

Fragen wir jetzt nach den Gründen, wodurch sich die Gegner der vulgaris subst. tacita berechtigt halten, so deutliche Bestimmungen, wie wir sie in der L. 4. cit. finden, durch die willkührlichsten Voraussetzungen zu entstellen und einen dem Wortverstande geradezu widersprechenden Sinn in dieselben hinein zu legen. — Zuerst meinen sie, lasse sich ein Schluß von der Vulgarsubstitution auf die pupillare eher rechtfertigen, als der umgekehrte. — Gerade das Gegentheil wurde oben von uns angenommen und auch von allen Vertheidigern der vulgaris tacita ist das geltend gemacht, daß für dieselbe stärkere Gründe streiten, als für die pupillaris tacita [47]. Denn der Pupillarsubstitut tritt auch alsdann noch an die Stelle des Instituirten (des Pupillen), nachdem dieser schon Erbe geworden ist; bei der Annahme einer stillschweigenden Pupillarsubstitution muß man sich also über die Rechtsregel hinwegsetzen, daß der Institut durch den von ihm gemachten Erbschaftserwerb den Substituten ausschließe. Wer dagegen dem von ihm eingesetzten Erben pupillariter substituirt, der giebt dadurch zu erkennen: die auf den Pupillen folgenden Intestaterben sollten selbst alsdann noch ausgeschlossen seyn, wenngleich Jener schon

47) Schader l. l. p. 323. Schweitzer Diss. cit. p. 9.

Erbe geworden seyn würde. Um wieviel eher darf daher angenommen werden, der Testirer habe auch für den Fall den Substituten vorziehen wollen, wenn der Pupill überall nicht Erbe werden würde. Daß er dies nicht ausgedrückt hat, erklärt sich leicht, da wohl meistens der Testirer es als etwas Unzweifelhaftes ansehen wird, daß sein Kind ihn beerben und sich auch nicht von der Erbschaft lossagen werde; zweifelhafter ist es dagegen schon, ob dasselbe auch die Zeit der Mündigkeit erleben werde.

Die Gegner der vulgaris s. tacita meinen indessen [48]: 1) weil eine Substitution ebenfalls eine Erbeinsetzung sey, Erbeinsetzungen aber nicht supplirt werden dürfen, so dürfe auch nach bloßen Präsumtionen dem Testirer kein Erbe gegeben werden, den er sich wirklich nicht ernannt habe. — Aber wer sieht nicht ein, daß, wenn überhaupt dergleichen Argumentationen gegen ein klares Gesetz entscheiden könnten, derselbe Grund auch den Schluß auf eine pupillaris s. tacita ausschließen müßte! — 2) Pupillarsubstitutionen seyen zu Gunsten dessen, welcher sich selber keinen Erben ernennen könne, eingeführt, und darum, nicht aber weil angenommen werde, der Vater habe dies so gewollt, werde eine tacita s. pupillaris angenommen; eine stillschweigende Vulgarsubstitution dagegen lasse sich lediglich als Begünstigung des Vaters erklären, der Testirer aber, welcher sich vorzusehen vermochte, verdiene eine solche Begünstigung nicht. — Könnte man nun den ersten Grund in der hier ausgesprochenen Allgemeinheit zugeben, mithin annehmen, das Gesetz sorge für

48) Die einzelnen Gründe für diese Meinung sind (nach Anton Faber u. A.) am vollständigsten zusammengestellt, von Wening a. a. O. §. 10. S. 154 fg.

den Pupillen, so würde ja daraus folgen, daß der Wille des Vaters überall nicht in Betracht komme; aber wie läßt sich dies mit allgemeinen Rechtsvorschriften, wie läßt es sich mit der ausdrücklichen Bestimmung Modestins vereinigen: ein Schluß von einem Substitutionsfall auf den anderen sey stets unter der Beschränkung zu verstehen, si voluntas parentis non refragetur: Ein Grund, der zuviel beweis't, beweis't gar nichts. — 3) Die Pupillarsubstitution enthalte die Ernennung eines Erben für den Pupillen; betrachte man ihn zugleich als Erben des Vaters, so würde die Merkwürdigkeit zum Vorschein kommen, daß der Sohn seinem Vater einen Erben ernenne [49]. — Aber welch' ein Schluß! Der Vater selbst ernennt ja den Substituten und die Pupillarsubstitution wird in sehr wesentlichen Beziehungen als Theil des väterlichen Testaments betrachtet [50]. Ist es aber nicht im hohen Grade wahrscheinlich, daß er denjenigen, welchen er seinem Sohne zum Erben ernennt, auch für sich lieber zum Nachfolger haben wolle, als seine Intestaterben? Dies wird auch selbst von den Gegnern zugegeben und daraus mit Recht gefolgert, daß, wenn überhaupt eine tacita vulgaris angenommen werden müsse, diese auch durch Enterbung des Kindes, oder dadurch, daß der Testator zwei Testa-

49) A. Faber Err. Pragm. Dec. XXXII. Err. 9. p. m. 385. — v. Wening a. a. O. S. 158. Nr. 4. vergleicht bei dieser Gelegenheit die Pupillarsubstitution mit den Codicillen, weil das hauptsächliche Testament aus beiden nicht seine Rechtbeständigkeit hernehmen dürfe!

50) „Pupillare testamentum est pars et sequela paterni testamenti, adeo, ut si patris testamentum non valebit, nec filii quidem valebit.“ §. 5. *J. de pup. subst.*

mente, eines für sich und das andere für den Pupillen errichte, nicht ausgeschlossen werde[51]). Endlich wird 4) noch bemerkt: die Vertheidiger der stillschweigenden Vulgarsubstitution würden mit ihrer Theorie in eine sonderbare Verlegenheit gerathen, wenn der Testirer aus Vorsicht die Pupillarsubstitution verschlossen beigefügt habe, überhaupt also, wenn vor dem Tode des Pupillen die Eröffnung derselben nicht geschehen solle. — Allein jene Theorie kommt dadurch wahrlich nicht ins Gedränge, indem es ja keineswegs wesentlich ist, daß die Pupillarsubstitution bis zum Tode des Pupillen uneröffnet bleibe. Soll dies in Folge der väterlichen Disposition geschehen, so hat der Vater dadurch allerdings zu erkennen gegeben, daß er nicht sich, sondern nur dem Pupillen einen Erben habe ernennen wollen; der Schluß von einem Substitutionsfall auf den anderen findet ja aber überhaupt nur Statt, wenn sich aus der Disposition keine Gründe dagegen ergeben.

Hiernächst stützt man die entgegengesetzte Ansicht auf Quellenäußerungen, deren Inhalt jetzt näher erwogen werden soll. — Zuvörderst auf eine Stelle von Javolenus[52]), worin untersucht wird: ob der Pupillarsubstitut für die väterlichen Schulden hafte, wenn der Pupill abstinirt habe? Unsere Gegner nun argumentiren also: „Würde in der pupillaris substitutio die vulgaris enthalten seyn, so wäre der Substitut auch sogleich, nachdem

51) v. Wening a. a. O. S. 156 fg. (Nr. 3.)

52) L. 28. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XCII. 5.). — Ueber den näheren Inhalt dieser Stelle und über die Frage: wie sie mit L. 42. D. *de acq. vel omitt. her.* zu vereinigen sey? s. unten §. 1455.

der Unmündige ausgeschlagen, noch bei dessen Lebzeiten als Erbe des Vaters eingetreten, und konnte und mußte von des Erblassers Creditoren belangt werden"[53]). So kommen sie denn zu dem Schluß: es hätte jene Frage unmöglich aufgeworfen werden können, wenn die Alten eine tacita vulgaris substitutio anerkannt hätten! — Das ist dann doch in der That fast zu stark. — Die Zulassung des Substituten zur Erbschaft des Vaters steht hier ja überall nicht zur Frage. Die väterliche Verlassenschaft ist überschuldet, darum abstinirt der Pupill von derselben und es kommt zum Concurse. Später tritt die Pupillarsubstitution in Wirksamkeit und nun entsteht die Frage: ob nicht dennoch der Substitut mit dem Nachlaß des Pupillen die väterlichen Schulden decken müsse? Es ist streitig, wie Javolen die Frage beantwortet habe. Aber wir wollen annehmen, er verneine sie schlechthin (darauf kommt hier nichts an): was folgt daraus, und überhaupt aus dem Aufwerfen der Frage gegen die tacita vulg. substitutio? Auch wenn der Testirer ausdrücklich eine Vulgarsubstitution angeordnet hätte, so konnte die nämliche Frage aufgeworfen werden. Denn der Substitut wird ja nicht, wie der Pupill, ipso jure Erbe der väterlichen Verlassenschaft, und der Zweifel ist hinreichend durch die Thatsache motivirt, daß er nicht Erbe des Vaters geworden sey[54]).

Drei andere Stellen, werden besonders von

53) *A.* Faber Err. Pr. Dec. XXXII. Er. 10. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 13. S. 163—165.

54) Vrgl. Vinnius sel. jur. quaest. l. l. p. 532 sq., Schader diss. cit. p. 328 sq.

Wenck[55]), gegen die vulgaris s. tacita angeführt: die L. 41. §. 7. D. h. t., die L. 4. u. 8. C. h. t. (VI. 26.) Allein in keiner derselben findet sich etwas, wodurch die hier vertheidigte Ansicht auch nur im entferntesten zweifelhaft gemacht werden könnte[56]). Die erste enthält folgenden Fall: ein Vater, welcher zwei unmündige Töchter hat, substituirt derjenigen pupillariter, welche zuletzt als impubes sterben würde. Die eine stirbt in der Unmündigkeit, die überlebende dagegen erst, nachdem sie mündig geworden ist; folglich, wird entschieden, hat die Substitution keine Wirkung, da ihre Bedingung nicht eingetreten ist[57]). Wie sollte hier anders entschieden werden, auch selbst, wenn ausdrücklich vulgariter substituirt wäre? Die Töchter sind ja Erben geworden, folglich konnte eine

55) *Car. Fr. Christ.* Wenck Pr. iudic. corp. jur. civil. supplem. (Lips. 1811.) p. 11. (und in den von *Frid. Car. Gust.* Stieber herausgegeb. opuscul. academ. Lips. 1834. Nr. IV. p. 196.)

56) Sehr bestimmt äußert sich hierüber Hugo in seiner Recension des Wenck'schen Supplementum auf folgende Art: „Die auffallendste Behauptung ist die: die Glossatoren, Cujas und fast alle Neuere — hätten Unrecht, wenn sie Fr. 4. pr. D. 28, 6. so verständen, als ob in der substitutio pupillaris der Regel nach auch die vulgaris enthalten sey; das Gegentheil sollen ein Paar Stellen plenissime beweisen, die, nach des Rec. Ansicht, mit der ganz allgemein angenommenen Meinung sehr wohl verträglich sind;" (in den Beiträgen zur civilist. Bücherkenntniß, zweiter Bd. S. 167.)

57) — „irritam esse factam substitutionem placuit; in persona quidem prioris, quia non novissima decessit, in alterius vero, quia puberem aetatem complevit."

Vulgarsubstitution überall nicht wirksam seyn, die letzte ist nach der Pubertät gestorben, mithin fällt die Pupillarsubstitution weg[58]). — Die zweite Stelle[59]) wurde durch einen Zweifel über die Frage veranlaßt: ob in einem gewissen Falle die tacita substit. *pupillaris* anzunehmen sey? Wie nun auch die Entscheidung ausfallen möchte, so ist doch nicht zu begreifen, was daraus für unsere Frage folgen soll[60]). — In der dritten Stelle[61]) wird folgender Fall entschieden: die Frau eines verstorbenen Soldaten trägt vor, ihr Mann habe das mit ihr erzeugte Kind zum Erben eingesetzt und einen Nacherben (secundus heres) ernannt. Nach ihres Mannes Tode sey auch das Kind verstorben, und nun will sie wissen, ob sie (als nächste Erbin des Kindes) oder der Substitut auf den Nachlaß Anspruch machen könne? Der Kaiser antwortet hierauf: sie habe sich deutlicher über das factum zu erklären, und insbesondere darüber, ob ihrem verstorbenen Sohne auch in casum primum (d. i. vulgariter) oder in casum secundum (d. i. pupillariter) oder auf

58) Vrgl. Schweitzer diss. cit. p. 12—14.

59) L. 4. C. *h. t.*, von welcher noch in einer anderen Beziehung, weiter unten die Rede seyn wird.

60) Vrgl. Schader l. l. p. 341. Schweitzer diss. cit. p. 14—16.

61) Auf diese Stelle legt Wenck ein ganz besonderes Gewicht, weil darin der casus primus und secundus auf dieselbe Weise unterschieden wurden, wie in der L. 4. D. cit. Nun ist aber in der L. 4. von einem solchen Unterschiede überall nicht die Rede, am wenigsten aber enthält die Stelle etwas dafür, daß der alter casus der L. 4. cit. den casus vulgaris, und gerade nur diesen, bedeute!

noch längere Zeit[62]) substituirt sey. Im ersten Falle werde der Substitut durch die Intestaterben ausgeschlossen (indem die Vulgarsubstitution durch den Erwerb der Erbschaft von Seiten des Institutus erlischt), mithin komme das Vermögen jetzt an die Quarentin (als nächste Intestaterbin). Im zweiten Falle — möge dieser buchstäblich ausgedrückt seyn, oder der Testirer durch einen allgemeinen Ausdruck beide Fälle umfaßt haben[63]) — falle die Erbschaft an den Substituten, wenn das Kind innerhalb der Pubertät, oder (wenn die Substitution über die Impubertät gemacht werden) der vom Vater etwa angeordneten längeren Zeit gestorben sey[64]). — Es mag

62) — „utrumne in primum casum, an in secundum filio, quem habuit in potestate mortis tempore, si intra decimum quartum suae aetatis annum *aut postea* decesserit, substituerit." Soldaten haben nämlich das Privilegium, ihren Kindern auch über die Zeit der Pubertät hinaus, wenngleich nur in Beziehung auf das von ihnen selbst herrührenden Vermögens, zu substituiren; L. 15. D. *h. t.*

63) „Si vero substitutio in secundum casum vel expressa, vel *compendio* — facta reperiatur" —.

64) Die Schlußworte der Constitution bestimmen in Beziehung auf den Fall, wenn über die Jahre der Pubertät hinaus substituirt ist: von der Mutter, welche die Erbschaft ihres verstorbenen Sohnes erworben habe („tunc ejus [filii] te successionem [i. e. hereditatem] obtinente, veluti ex causa fideicommissi, bona, quae cum moreretur patris ejus fuerint, a te peti possunt." Die Mutter soll also von der ihr gebührenden Verlassenschaft ihres Sohnes dem Substituten das vom Vater herrührende Vermögen als Fideicommiß restituiren. Nach dieser Constitution gilt mithin die von einem Soldaten ultra pu-

hier ganz auf sich beruhen bleiben, daß die Substitution in dem Testamente eines Soldaten angeordnet war, wobei, wenigstens nach der gewöhnlichen Meinung[65]), ein Schluß von dem ausgedrückten Fall auf den nicht ausgedrückten in der Regel nicht Statt findet. Denn darauf kommt es jetzt gar nicht an, da (abgesehen von der Substitution über die Jahre der Pubertät hinaus) Alles eben so gut auf das Testament eines Nichtsoldaten anwendbar ist. Von einer tacita vulgari substitutio ist auch in dieser Stelle nicht die Rede, sondern der Kaiser rescribirt: wenn nur vulgariter substituirt wurde, so ist diese Substitution dadurch erloschen, daß das Kind Erbe seines Vaters geworden ist. Möchte man auch hierin vielleicht ein Argument gegen die pupillaris tacita finden können, wie aus dieser Entscheidung irgend etwas gegen die stillschweigende Vulgarsubstitution folgen soll, das begreife, wer es kann[66])!

In der That ist nichts ermüdender, als eine Meinung zu bekämpfen, die so ganz und gar von allen Gründen entblößt ist, daß man die größte Mühe (und zwar oft eine vergebliche) anwenden muß, um nur zu entdecken, was sich die Vertheidiger derselben bei ihren Argumenten gedacht haben, und in welchem Zusammenhange diese zu der Aufgabe stehen, welche dadurch gelöst werden soll. Bedürfte es dagegen zur Unterstützung der

bertatem erfolgte Substitution nicht als directe, sondern als fideicommissarische Substitution: Dies ist freilich streitig; doch gehört diese Controverse nicht hieher.

65) Welche freilich auch von SCHWEITZER l. 1. p. 19 sq. bekämpft wird. Vrgl. unten Note 83.

66) Vrgl. SCHWEITZER diss. cit. p. 17. 18.

hier vertheidigten Ansicht noch anderer Gründe, als der bereits dafür angeführten, so würde man sich auch auf Gajus beziehen können, welcher die Lehre von der Pupillarsubstitution so beginnt: man darf seinen Kindern nicht blos auf die oben beschriebene Art (vulgariter) substituiren, sondern auch auf die Art, daß, wenn sie gleich Erben werden, aber als impuberes sterben, ein Anderer Erbe sey. Nun folgt die Formel der Pupillarsubstitution, worauf der Jurist in dem folgenden §. also fortfährt: „*Quo casu*, siquidem non extiterit heres filius, substitutus patris fit heres, si vero heres extiterit filius, et ante pubertatem decesserit, ipsi filio sit heres substitutus, *quamobrem duo quodammodo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii*" [67]). Daß Gajus hier nicht die Wirkung der ausdrücklichen Vulgarsubstitution beschränken, daß er nur die der unmittelbar voraufgehenden Formel der Pupillarsubstitution erläutern wollte, ergiebt der ganze Zusammenhang seiner Rede, und folgt namentlich auch aus den im vorstehenden Texte durch den Druck hervorgehobenen Worten. Es ist daher wieder höchst gesucht, wenn man darum, weil der voraufgehende §. beider Arten der Substitutionen erwähnt, annehmen zu dürfen glaubt, der Jurist habe hier den Fall vor Augen, wo zugleich und ausdrücklich vulgariter und pupillariter substituirt war [68]). Eher dürfte man das Argument gelten lassen, daß in den Institutionen beide Fälle in der Substitutionsformel ausgedrückt sind [69]). Allein, nur wenn der stillschweigenden Vulgar-

67) Gaji inst. II. §. 179. 180.

68) v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 167 fg.

69) Pr. J. *de pup. subst.*

substitution andere und gewichtige Gründe entgegenständen, würde man sich hierauf allenfalls mitberufen dürfen. Jetzt aber fragen wir: folgt denn etwa daraus, daß die Verfasser der Institutionen (wahrscheinlich nur um den Anfängern die Begriffe besser zu verdeutlichen) beide Formeln ausdrückt, er habe damit sagen wollen, daß nicht die nämlichen Wirkungen eintreten, wenn auch nur die eine Formel gebraucht wäre? Wer wirklich glaubt, dies bejahen zu müssen, der wird auch die **pupillaris substitutio** nicht anerkennen dürfen.

Als Regel steht daher der Satz fest: die **substitutio simplex** ist als **s. duplex** auszulegen, gleichviel, ob der Ausdruck auf die Pupillar- oder auf die Vulgar-Substitution geht. Indessen leidet diese Regel Beschränkungen, welche sich im Allgemeinen auf eine entgegenstehende — wirklich vorhandene oder mit Wahrscheinlichkeit anzunehmende — Willensmeinung des Testirers zurückführen lassen [70]. So ist eine stillschweigende Pupillarsubstitution alsdann nicht anzunehmen, wenn Miterben einander **vulgariter** substituirt werden, eine Pupillarsubstitution aber nur für einen derselben möglich ist, namentlich, wenn nur Einer derselben unmündig ist [71], oder sonst in dem Verhältniß zu dem Testirer steht, daß ihm **pupillariter** substituirt werden kann [72], wohin denn na-

70) „ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur;" L. 4. §. 2. D. *h. t.* — oder: „si modo non contrariam voluntatem extitisse probetur;" L. 4. C. *h. t.* — Vrgl. übrigens die Note 88 und den dazu gehörigen Text.

71) L. 4. §. 2. D. *h. t.*

72) L. 2. C. *h. t.*

mentlich folgender Fall gehört: „Lucius Titius legitimum filium et alterum naturalem[73]) heredes instituit, eosque invicem substituit; Titianus legitimus filius, quem pater anniculum reliquit, post patris mortem impubes decessit superstite matre et fratre naturali, quem etiam coheredem habebat; quaero, an hereditas ejus ad Titium naturalem fratrem ex causa substitutionis pertineat, an vero ad matrem? Respondi, ad primum casum non existentium heredum substitutionem, de qua quaeritur, pertinere, non ad sequentem: si quis eorum postea decessisset intra pubertatem, quum in naturalis filii persona duplex substitutio locum habere non poterit; et ideo ad matrem legitimi filii hereditas ab intestato pertinet",[74]).

73) Nach dem Pandektenrecht konnte die Einsetzung der naturalis liberi erfolgen; s. Bd. 39. d. Comment S. 332 fg.

74) L. 45. pr. D. *h. t.* — Bei Haloander u. a. Edit. findet sich noch der Zusatz: „aliter, si ejusdem aetatis liber instituti, invicemque substituti fuissent; tunc enim altero defuncto intra pubertatem ejus, successio non ad matrem, sed ad substitum fratrem ejus devolvitur." — Dadurch aber wird der Entscheidung offenbar ein ganz falscher Grund untergeschoben, indem hier nichts auf Gleichheit oder Verschiedenheit des Alters ankommt, sondern darauf, daß der Eine der Gewalt des Testirers unterworfen war, der Andere nicht. Meistens wird daher dieser Zusatz auch als unächt verworfen; s. die neuesten Ausg. des corp. jur. civ., ferner *A.* Augustinus emendation. et opin. Lib. III. c. 1. (in Otto thes. jur. Rom. T. IV. p. 1497) und Cujacius obs. Lib. XVII. c. 26. Häufig wird angegeben, daß Cujacius diesen Zusatz nur emendire, indem er ein-

Ferner streitet gegen die Annahme einer pupillaris s. tacita alsdann die Vermuthung, wenn zweien Erben, wovon nur dem Einen pupillariter substituirt werden kann, ein Dritter unter der Vulgarformel substituirt ist. So rescribirt K. Alexander Sever, in einem Fall, wo die testamentarische Verfügung so lautete: „*si mihi Firmianus filius et Aelia uxor mea — heredes non erunt, in locum eorum P. Firmianus heres esto;*" so sey es klar (*manifestum est*), daß die Substitution nicht als pupillaris bestehen könne, folglich die Mutter (als Intestaterbin ihres vor der Mündigkeit gestorbenen Kindes) den Substituten ausschließe[75]). Diese Entscheidung aus dem Gesichtspunct einer besondern Begünstigung der Mutter zu betrachten[76]), ist kein Grund vorhanden[77]); ja es würde sich bei der Voraussetzung,

schalte: *conditionis* (also: aliter, si *ejusdem conditionis* et aetatis liberi u. s. w., s. Gebauer in not. ad h. l.) Indessen sagt Cujacius blos, daß man den Zusatz allenfalls gelten lassen könne, wenn er so lautete. *Edm.* Merillius (variant. ex Cujacio interpr. Lib. I. c. 37.) giebt sich viele Mühe zu zeigen, daß Cujacius an einem anderen Orte den Zusatz billige (wie dies von Merillius selbst, wenigstens nach der obigen Emendation, geschieht). Mit Recht bemerkt aber Schulting in not. ad h. l. (T. V. p. 95): Cujacius haec constanter rejecit, quicquid dicat Merillius. Gegen diesen s. m. auch *Osius* Aurelius disputation. ad Merill. seu de variantia. Cujacii interpr. Disp. 38. (bei Otto Bd. III. S. 784 fg.)

75) L. 4. C. *h. t.*

76) Siehe z. B. *Gabriel de* Gast comment. ad h. l. in Meermanni thes. jur. civ. et can. T. VI. p. 755 sq.

77) S. Connanus comment. jur. civ. Lib. X. C. VIII.

daß eine solche Begünstigung der Mutter bereits anerkannt gewesen sey, eine Constitution Justinians[78]) auf befriedigende Weise nicht erklären lassen. Sie lautet so: „Quum quidam praegnantem habens conjugem, scripsit heredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, et adjecit: *si non postumus natus fuerit alium sibi heredem esse*; postumus autem natus impubes decessit, dubitabatur, quid juris sit, tam Ulpiano quam Papiniano viris disertissimis voluntatis esse quaestionem scribentibus, quum opinabatur Papinianus, eundem testatorem voluisse postumo nato et impubere defuncto matrem magis ad ejus venire successionem, quam substitutum; *si enim suae substantiae partem uxori dereliquit, multo magis et luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit*. Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes[79]), substitutionem quidem in hujusmodi casu, ubi postumus natus adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem

Nr. 13. Papillonius de subst. dir. c. 8. (bei Otto T. III. p. 709.) *A.* Merenda controv. jur. Lib. III. c. 40. Nr. 10.

78) L. ult. C. *de instit. et substit.* (VI. 25.)

79) Dieser Ausdruck könnte auf eine Verwerfung der Meinung Papinians gedeutet werden; daß hier aber nur an eine Beseitigung seines Zweifels gedacht, mithin Papinians Ansicht gebilligt ist, ergiebt der Zusammenhang. S. die Bemerkung von Jungmeister zu dieser Stelle in der deutschen Uebersetzung des corp. jur. civ. Bd. V. p. 969.

admittimus, quum postumus minime editus fuerit, vel post ejus partum mater prior decesserit." —

— Zwischen dem hier entschiedenen und dem vorigen Falle findet sich die Verschiedenheit, daß der Dritte nicht Beiden, sondern nur dem impubes substituirt war. Dennoch aber würde der Zweifel, dessen Justinian erwähnt, schwerlich entstanden seyn, wenn der Satz festgestanden hätte: die Vulgarsubstitution eines Dritten ist wegen rechtlicher Begünstigung der Mutter (also, sofern ihr Interesse mit dem des Substituten in Collision kommt), nicht als Pupillarsubstitution zu behandeln. Denn unter diesen Grundsatz würde auch der von Justinian entschiedene Fall zu subsumiren seyn. Ob aber nicht die Bestimmung Justinians auf die Mutter zu beschränken sey? ist eine andere Frage. Verneinen wir diese, so würde der aus der Constitution zu abstrahirende Rechtssatz der seyn: auch wenn Jemand nicht beiden Erben, sondern nur dem unmündigen *vulgariter* substituirt wird, der Miterbe des Letzteren aber dessen nächster Intestaterbe ist, soll die Substitution nicht als eine pupillare gelten, außer wenn der Miterbe vor dem Unmündigen stirbt, oder dieser gar nicht geboren wird. Doch dürfte hier wohl anzunehmen seyn, daß nur unter den vom Kaiser erwähnten Voraussetzungen der Substitut ohne Weiteres ausgeschlossen seyn solle. Denn, wenn auch Papinian und Ulpian einen concreten Fall vor Augen hatten, so wurde doch die Entscheidung hauptsächlich darauf gestützt: es sey anzunehmen, der Testirer, welcher Mutter und Kind zusammen eingesetzt, werde auch der Mutter die Erbschaft des Kindes (luctuosa hereditas) lieber gönnen, als dem Substituten. Vollends aber kommt hier in Be-

tracht, daß Justinian, der doch offenbar einen festen Rechtssatz aufstellen wollte, ausdrücklich bestimmt: es solle in einem solchen Falle, wo *der Postumus noch beim Leben der Mutter* als *impubes* sterbe, der Substitut ausgeschlossen werden, und selbst noch bei der am Schlusse hinzugefügten Beschränkung wieder von der Mutter spricht [80]). — Müssen wir uns aber auch im Uebrigen genau an die in dem entschiedenen Falle enthaltenen Merkmale binden, namentlich also das Gesetz alsdann für unanwendbar erklären, wenn ein bereits geborenes unmündiges Kind zum Erben eingesetzt wird? Dies behauptet man gemeinhin [81]), jedoch wohl ohne Grund. In dem referirten Rechtsfalle mußten allerdings die Umstände so erzählt werden, wie sie sich zugetragen hatten, allein die ratio decidendi paßt eben so gut auf ein schon gebornes Kind, wie auf einen Postumus. Es ist völlig einerlei, ob das Kind gar nicht geboren wird, oder vor seines Vaters Tode stirbt; in beiden Fällen wird die Vulgarsubstitution wirksam. Wie nun aber daraus, daß dies nur für den ersten Fall ausdrücklich im Gesetze gesagt wird, folgen soll, daß in dem zweiten Falle die Substitution außerdem auch noch als pupillare bestehe, ist schwer zu begreifen. Es darf also wohl der Rechtssatz so gefaßt werden: *ist die Mutter zur Miterbin ihres Kindes eingesetzt, so beschränkt sich die Wirksamkeit der stillschweigenden Pupillarsubstitution auf den Fall, wenn zu der Zeit,*

80) S. *Jos.* Averanius interpr. jur. Lib. III. c. 17. Nr. 9. v. *Wening-Ingenheim* a. a. O. S. 140 fg.

81) S. Averanius l. l. und *Westphal* von Testamenten §. 722. S. 556.

wo der Unmündige stirbt, auch die Mutter nicht mehr am Leben ist [82]).

Für die in dem Testamente eines Soldaten angeordneten Substitutionen gilt der Schluß von einem ausgedrückten auf einen nicht ausgedrückten Substitutionsfall nicht anders, als wenn dies erweislich die Absicht des Testirers ist [83]); dagegen aber kann man sich hier nicht so schlechthin, wie bei dem Testamente eines Nichtsoldaten auf den Satz berufen: daß bei einer gegenseitigen allgemein ausgedrückten Substitution von Miterben, wovon nur einem pupillariter substituirt werden kann, auch für Beide nur eine vulgare Substitution angenommen werden dürfe. Denn da ein Soldat in Beziehung auf das von

82) Vrgl. v. Wening a. a. O. S. 141 fg. und Westphal a. a. O.

83) L. 6. C. *de test. milit.* (VI. 21.) L. 8. C. *h. t.* — Daß in dieser Hinsicht eine Verschiedenheit zwischen dem Testamente eines Soldaten und eines Nichtsoldaten vorhanden sey, wird in beiden Fällen zu bestimmt hervorgehoben, als daß daran gezweifelt werden könnte. Die entgegengesetzte Ansicht (s. oben Note 65) stützt sich auf den allgemeinen Grund, daß in der stillschweigenden Annahme einer duplex substitutio eine Begünstigung des Testirers liege, das Testament eines Soldaten aber noch in einem höhern Grade begünstigt sey, wie jedes andere. Allein es ist ja auch sonst anerkannt, daß bei der Auslegung eines militärischen Testaments zunächst immer auf den Ausdruck zu sehen sey (L. 6. L. 37. D. *de test. milit.* XXIX. 1), mit diesem Grundsatz aber verträgt sich jene Annahme durchaus nicht, indem man hier eher von einer gesetzlichen Präsumtion, als von einer nach logischen Voraussetzungen feststehenden Schlußfolgerung sprechen muß. S. die weiter unten (zur Note 88) folgende Ausführung.

ihm herrührende Vermögen jedem seiner Erben auf gleiche Weise substituiren kann[84]), so ist hier das Verhältniß ganz dasselbe, als wenn sonst der Soldat eine Substitution angeordnet hat, ohne beide Fälle ausdrücklich zu bezeichnen, d. h. es wird stets ein Beweis darüber zugelassen werden müssen, in welchem Sinne der Testirer seine Anordnung wolle verstanden haben. Dies ist namentlich in einem Rescripte des Kaisers Alexander Sever[85]) anerkannt, welche den bekannten Satz an die Spitze stellt, daß bei der compendiosa substitutio von Miterben, von denen nur dem Einen pupillariter substituirt werden könne, auch nur eine Vulgarsubstitution angenommen werden dürfe[86]), und alsdann so fortfährt: „Sed quum ex testamento militis controversiam esse proponas, defuncta parvula ejus filia postea, quam heres extitit patri, cum qua simul aequis partibus heres institutus eras, substitutione invicem facta, et mater quidem intestate filiae sibi successionem defendat, tu autem ex substitione ad te pertinere contendas, juris quidem ratio manifesta est, licere militibus

84) L. 15. D. *h. t.* L. 41. §. 4. D. *de test. milit.*

85) L. 6. C. *de test. milit.*

86) „In testamento quidem ejus, *qui non miles fuit*, si duobus heredibus institutis, altero, cui potuit usque ad tempus pubertatis parens facere testamentum, altero, cui postea, quam heres extitit, substituae non potuit, invicem substitutio iisdem verbis facta est, in eum solum casum eam locum habere sententiis prudentium virorum et constitutionibus divorum parentum meorum placet, quo utrique pari ratione potuit substitui." — Vergl. v. Wening a. a. O. S. 143 fg.

proprio privilegio etiam heredibus extraneis, posteaquam heredes extiterint, mortuis substituere, ***sed tibi probandum est, an ita frater tuus senserit.*** " — Der Testirer also, ein Soldat, hatte seine unmündige Tochter und seinen Bruder zu Erben eingesetzt, und einander substituirt. Die Tochter stirbt, nachdem sie Erbin ihres Vaters geworden ist, in der Unmündigkeit, und nunmehr machen an deren Verlassenschaft Anspruch: ihre Mutter, als nächste Intestaterbin, und ihr Oheim, auf den Grund einer stillschweigenden Pupillarsubstitution. Der Kaiser entscheidet: wenngleich in dem Testamente eines Soldaten auch dem mündigen Erben auch auf den Fall, daß er Erbe geworden seyn würde, substituirt werden könne, mithin der Grund, welcher bei dem Testamente eines Nichtsoldaten den Schluß von der **simplex** auf die **duplex substitutio** beschränke, hier nicht Statt finde: so müsse doch der zum Miterben eingesetzte Bruder des Erblassers beweisen, daß sein Bruder wirklich beabsichtigt habe, ihn den Intestaterben der unmündigen Tochter vorziehen zu wollen [87]).

Nach den vorstehenden Grundsätzen nun werden sich vorkommende zweifelhafte Fälle, auch soferne sie nicht schon im röm. Rechte ausdrücklich entschieden sind, ohne große Schwierigkeit entscheiden lassen. Die Regel ist: die **simplex substitutio** gilt als **duplex**, falls nicht in den Verhältnissen oder dem Ausdruck der Disposition etwas liegt, wodurch es wahrscheinlich wird, der Testirer habe nur für einen Fall substituiren wollen. Modestin sagt

87) Vergl. *H.* **Donellus in comment. ad L. 6. C.** ***de test. milit.*** Nr. 8. (p. m. 337 sq.) v. Wening a. a. O. S. 138 fg.

zwar: in altero utraque substitutio intelligitur, *si voluntas parentis non refragetur* (L. 4. §. 2. D. *h. t.*); daß dies aber nicht bedeutet: der entgegenstehende Wille des Testirers müsse unzweifelhaft feststehen, beweist die in der nämlichen Stelle vorgetragene Beschränkung für den Fall, wenn nur Einem von mehreren Miterben in utrumque casum substituirt werden, so wie die auch in anderen Fällen blos nach Wahrscheinlichkeitsschlüssen gegen eine duplex substitutio erfolgte Entscheidung (siehe oben S. 291 fg.). Und nimmt man an, daß die gesetzliche Regel die Gränzen logischer Wahrheit überschreitet, so daß man sie nicht eine Schlußfolgerung, sondern eine gesetzliche Präsumtion nennen darf[88]): so wird man gewiß geneigt seyn, jeden Umstand und jede Aeußerung des Testirers, welche gegen den Schluß Zweifel erregen können, als eine Wahrscheinlichkeit gelten zu lassen, daß er die duplex substitutio nicht gewollt habe. Hiernach dürfte denn, wenn der Testirer etwa nur für den s. g. casum voluntatis substituirt (z. B. ich setze mein Kind zum Erben ein, sollte es mich nicht beerben wollen, so sub-

88) Dies ungefähr ist auch die Ansicht Merenda's, welche man wohl als eine eigenthümliche, als eine Mittelmeinung, zu bezeichnen pflegt. Er sagt: wenngleich die röm. Kaiser bei ihrer Bestimmung, daß die simplex subst. in der Regel auf beide Fälle zu beziehen sey, immerhin von der Voraussetzung ausgegangen seyn möchten, daß dies der wahrscheinlichen Absicht des Testirers gemäß sey, so leuchte doch die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung nicht ein (*A.* Merenda controv. jur. Lib. III. c. 43.) Muß man ihm nun hierin beistimmen (wie wohl kaum zu bezweifeln ist, so hat die Schlußfolgerung die Natur einer gesetzlichen Präsumtion, mithin eines singulären Rechts, das in möglichst beschränkter Art anzuwenden ist.

stituire ich ihm den A.) — schwerlich für eine duplex substitutio zu entscheiden seyn, indem man zuerst noch die Vulgarsubstitution durch Schlußfolgerung ergänzen, und dann erst weiter auf die pupillaris schließen müßte[89]).

Darf nun aber auch auf gleiche Weise, wenn wirklich nur vulgariter substituirt ist und werden konnte, von dem einen Falle auf den anderen (also von dem s. g. casus volluntatis auf den casus impotentiae u. u.) geschlossen werden? Dieß wird sehr gewöhnlich angenommen[90]), doch ohne zureichende Gründe. Hauptsächlich stützt sich diese Ansicht auf die Analogie der Bestimmung, daß in der Regel die simplex substitutio als duplex

89) v. Wening a. a. O. S. 133. (Nr. 1.) will auch in diesem Falle eine duplex substitutio annehmen, weil in der Erklärung des Testirers doch kein Ausspruch liege, daß er die pupillaris tacita verworfen haben würde! Wo ist denn aber von der Nothwendigkeit eines solchen Ausspruchs die Rede? Auch in den Fällen, wofür Beschränkungen der Schlußfolgung ausdrücklich anerkannt werden, wird ja nur davon ausgegangen, daß sich aus den Umständen besondere Zweifel gegen die Annahme der fast zu präsumirenden Absicht des Testirers ergeben. Auch mußte W. hiernach nicht in dem Falle, wenn ein Testirer seinen beiden unmündigen Kindern auf verschiedene Art (dem einen vulgariter, dem anderen pupillariter) substituiren, für eine duplex subst. sich entscheiden, was doch (und zwar mit Recht) nicht geschieht; a. a. O. S. 134. Nr. 4. — Vrgl. auch oben den Text zur Note.

90) S. z. B. Voet ad Pand. h. t. §. 12. Höpfners Commentar §. 500. und die daselbst angeführten Schriftsteller. Auch Hellfeld h. l. vertheidigt diese Ansicht, wie fast alle älteren Schriftsteller.

verstanden werde. Indessen haben Analogien dieser Art immer etwas Bedenkliches, da, wenn die gesetzliche Entscheidung auf einem Wahrscheinlichkeitsschlusse beruht, Gleichheit der Prämissen erforderlich ist, um das Gesetz auf einen nicht entschiedenen Fall anzuwenden; unläugbar aber sind die factischen Voraussetzungen, aus welchen auf den wahrscheinlichen Willen des Testirers geschlossen werden soll, hier von denen sehr verschieden, worauf der Schluß von einer **simplex substitutio** auf die **duplex** beruht[91]). Wenn man aber auch zugiebt, daß die Annahme einer wahrscheinlichen Willensmeinung des Testirers hier auf eben so guten Gründen beruhe, wie ein Schluß von der **simplex substitutio** auf die **duplex**, so ist doch eine analogische Anwendung auch um deswillen für unzuläßig zu achten, weil bei jenem Schlusse die Gränzen gewöhnlicher Schlußfolgerungen überschritten werden, wir es hier also eigentlich mit einer gesetzlichen Präsumtion zu thun haben, wobei analogische Anwendung ausgeschlossen ist[92]). Es kann mithin nur gefragt werden: ob in der Sache selbst hinreichende Gründe liegen, um eine solche Schlußfolgerung zu rechtfertigen, m. a. W. ob man sagen darf: es sey ein hoher Grad der Wahrscheinlichkeit vorhanden, der Testirer habe, wenn er auch nur den einen Fall genannt, doch beabsichtigt, durch den Substituten die Intestaterbschaft auf jeden Fall auszuschließen, so daß man diese Absicht auch für ausgedrückt halten müsse?

91) Vrgl. Vinnius ad pr. J. *de vulg. subst.* Nr. 3. und *Ulr.* Huber ad Pand. h. t. §. 1.

92) A. D. Weber über die Verbindl. zur Beweisführung im Civilprozeß. Abschn. V. §. 3. (Ausgabe von Heffter S. 84.)

Dies aber ist gewiß sehr bedenklich. Es muß bei der Interpretation von Gesetzen und anderen Erklärungen in der Regel davon ausgegangen werden, daß der Redende nicht ohne Grund sich der von ihm gewählten Worte bedient habe, und nur, wenn die anderweitige Absicht klar ist, soll von dem Wortverstande abgewichen werden. Wie viel näher liegt aber die Voraussetzung, daß ein Testirer, welcher die Intestaterben durch den Substituten auszuschließen wirklich beabsichtigt, dies durch einen allgemeinen Ausdruck (z. B. wenn A. mein Erbe nicht werden sollte, soll B. mein Erbe seyn) zu erkennen geben werde, als durch spezielle Bezeichnung eines Falls, wobei er fast von selbst auf den Gedanken geführt werden mußte, daß es denn doch noch andere Möglichkeiten gebe, welche den Erwerb der Erbschaft von Seiten des eingesetzten Erben verhindern könnten. Man kann vielleicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit annehmen, es sey stets die Absicht des Testirers vorhanden, durch Substitution die Intestaterbfolge auszuschließen, wenn er gleich bei dem allgemeinen Ausdruck: **si A. heres non erit**, erweislich nur den einen oder den anderen Behinderungsfall vor Augen gehabt haben sollte; d. h. es ist vielleicht nicht zu bezweifeln, daß er, aufmerksam gemacht auf eine andere Möglichkeit, sich dahin erklärt haben würde, daß er auch diese mit einschließe. Aber wenn er den einen Fall buchstäblich ausdrückt, z. B. wenn A. mein Erbe nicht werden wollte, so wird ihm die andere Möglichkeit, die des Nichtwerdenkönnens, so nahe vor die Augen gerückt, daß man kaum glauben kann, er habe an diese nur nicht gedacht. Wie mislich der Schluß von dem Nichtwollen auf das Nichtkönnen (und also auch umgekehrt) ist, wird in einem Falle anerkannt, den man wohl als einen ana-

logen gelten lassen darf[93]), wenn darin gleich unsere Frage nicht unterschieden ist, ja nicht einmal die Schlußfolgerung als von einem ausgedrückten auf einen nicht ausgedrückten Fall zur Frage steht[94]). Ein Testirer, welcher seiner Tochter einen jungen Mann, den Philippus, zum Gatten bestimmt, vermacht der Tochter ein Grundstück auf den Fall, wenn sie den Philippus heirathen werde, im entgegengesetzten Fall soll dieser das Grundstück haben. Das Mädchen stirbt vor der Mannbarkeit, weshalb denn, nach Papinians Ansicht, das Vermächtniß für den Philippus erloschen seyn soll. Hierbei wird dann so argumentirt: der Vater dachte nur an die Möglichkeit, daß seine Tochter den Philippus ausschlagen könne; da nun aber die Möglichkeit der Heirath durch ein nicht von dem Willen des Mädchens abhängiges Impediment aufgehoben wurde, so ist die Bedingung der Fideicommisse nicht eingetreten. Der Vater d a c h t e nur an jenen Fall; damit ist nicht gesagt, daß er den anderen ausschließen wollte, aber demungeachtet fällt die Verfügung weg. So ist denn also eine analogische Anwendung dieser Stelle auf unsere Frage wohl begründet[95]). Auch sonst wird es anerkannt, daß bei Erbeinsetzungen i n d e r R e g e l buchstäbliche Interpretation eintreten müsse, wenn

93) *A.* VINNIUS h. l. Nr. 3. in f.

94) L. 101. pr. D. *de condit. et dem.* (XXXV. 1.)

95) Auch B a l b u s fand hierin ein Argument gegen die Zulässigkeit eines Schlusses von einem Falle auf dem anderen, wenn er gleich ebenfalls in Beziehung auf die hier erörterte Frage der entgegengesetzten Meinung war. S. *Gilb.* REGII enantiophan. jur. civ. Lib. c. 22. (bei OTTO T. II. p. 1491.)

der Testirer, statt einen nahe liegenden allgemeinen Ausdruck zu wählen, sich auf die Erwähnung eines bestimmten Falls oder einer bestimmten Möglichkeit beschränkt [96]); um so mehr tritt daher der Schluß von einer simplex substitutio auf die duplex (besonders von der vulgaris auf die pupillaris) als eine Singularität hervor, die keine Ausdehnung auf andere Fälle leidet. Allerdings aber darf in allen Fällen der Art eine auf den Willen des Testirers gerichtete Untersuchung (quaestio voluntatis) nie fehlen, und ergiebt sich auch nur eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß derselbe den unerwähnt gebliebenen Fall nicht habe ausschließen wollen, so wird nach dem Grundsatz, daß im Zweifel für die möglichst größte Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen zu entscheiden sey, ein nicht ausgedrückter Fall für ausgedrückt gehalten werden müssen. Insoferne können denn die Gegner sich allerdings auf einige Stellen berufen, in welchen eine Erweiterung des buchstäblichen Ausdrucks auf den Grund einer wahrscheinlichen Absicht des Testirers angenommen wird [97]). So auf die **L. 22. pr. D.** *ad Sct. Treb.* **(XXXVI. 1.)**, wo eine fideicommissarische Substitution, welche buchstäblich nur für den Fall angeordnet war, wenn der Vater der Substituirten nicht mehr am Leben seyn werde, auch auf

96) So z. B. in der **L. 10. D.** *de lib. et post.* **(XXVIII. 2.)**, wonach die auf den Fall gestellte Einsetzung eines Postumus: wenn mir nach meinem Tode ein Kind geboren wird, nicht gilt, wenn das Kind beim Leben des Testirers erscheint, und umgekehrt.

97) Vrgl. Voet ad Pand. l. l. Stryk cent. test. C.XVIII. membr. I. §. 9. Pufendorf observ. jur. univ. T.II. obs. 98.

den Fall der Emanzipation dieser Kinder bezogen wird [98]). Ferner auf die L. 29. §. 5. D. *de lib. et post.* (XXVIII. 2.), worin die Einsetzung eines postumus nepos auf den Fall, daß derselbe durch den Tod seines Vaters an dessen Stelle als suus heres einrücken werd, auch alsdann für giltig erklärt wird, wenn der Vater durch capitis diminutio aus der Familie tritt [99]). Hievon namentlich wird unbedenklich auf unseren Fall eine Anwendung gemacht werden dürfen. Wenn die Einsetzung z. B. so geschieht: sollte der eingesetzte Erbe vor mir (oder vor dem Erwerb der Erbschaft) mit Tode abgehen, so substituire ich ihm den Titius, — so wird man die Substitution ganz unbedenklich auch in dem Falle gelten lassen dürfen, wenn irgend ein anderer Grund die Erbunfähigkeit für den Erben eintritt. Daß hier der Erblasser nur an den gewöhnlichen Grund des s. g. casus impotentiae dachte, daß er also andere Gründe nicht

98) „— intellecta matris (der Testirerin) voluntate, quae, quia non crediderat, patrem eos (die substituirten Kinder) emancipaturum, distulerat in mortem ejus fideicommissum, non dilatura id in mortalitatem, si eum emancipaturum sperasset."

99) „ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint." — *G. A.* Struve Synt. jur. civil. Exercit. XXXIII. th. 13. bezieht sich auch noch auf die L. 3. C. *de heredib. inst.* (VI. 24.), wo ja aber ausdrücklich die Substitution auf beide Fälle gestellt ist (quodsi ex aliqua causa primus heres hereditatem meam adire *noluerit* vel *non potuerit*" u. s. w.). Von dem Bedenken, welches hier dennoch eintrat, wird beim §. 1449 die Rede seyn.

ausschließen wollte, ist hier gewiß mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen[100]).

§. 1448.

Subject der Substitution[1]).

Da Substitution die Einsetzung eines eventuellen Erben ist (§. 1445), so ergiebt sich von selbst, daß die Fähigkeit substituirt zu werden von der Erbfähigkeit abhängt[2]). Eine der Erbeinsetzung hinzugefügte Bedingung

100) THOMASIUS (ad *Ulr.* HUBER l. l. p. 1294) führt noch einige Fälle, wo allenfalls von dem casus voluntatis auf den casus impotentiae mit Wahrscheinlichkeit geschlossen werden kann; (ein alter schwächlicher Greis setzt einen jungen Menschen ein, und substituirt ihm mit der Formel: *si heres esse nolit*), und umgekehrt; (ein armer Mann von vorgerücktem Alter wird von einem jüngeren, sehr reichen Manne eingesetzt, und ihm mit der Formel substituirt: sollte er vor mir sterben). Allein hierauf läßt sich nur nicht die Regel gründen, daß stets der Schluß von einem Falle auf den anderen Statt finde, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich erklärt sey. — Vergl. auch noch Schweppe das röm. Privatr. in seiner heut. Anwend. (Ausg. von Mejer) Bd. V. §. 811. p. 103. Note 2.

1) Bei Hellfeld werden in dem §. 1447 (unter Nr. 3 u. 4) noch zwei Sätze vorgetragen, welche aber offenbar in diesen Zusammenhang nicht gehören, sondern zu dem folgenden §. (1449), wo sie auch vorgetragen werden sollen.

2) Hellfeld bezieht sich hiefür auf die L. 10. §. 1. D. *h. t.*, wo indessen der überall hieher nicht gehörige Satz sich findet, daß der Vater, welcher seine eignen necessarii heredes (d. h. solche, die ipso jure Erben werden) als Pupillarsubstituten einsetzt, denselben auch in Beziehung auf die

ist aber nicht von selbst auch auf die Substitution zu beziehen, da als Regel angenommen werden darf, der Erblasser habe eine möglichst wirksame Ausschließung der Intestaterbfolge durch die Substitution bezweckt [3]). Auch ist die Verhältnißbestimmung der Substitution zu der Institution von der Willkühr des Testirers abhängig [4]). Er kann also a) Mehrere an die Stelle eines Erben substituiren (z. B. sollte A. nicht Erbe werden, so substituire ich ihm den B. C. D.); b) einen an die Stelle mehrerer Erben (z. B. A. B. und C. sollen meine Erben seyn, wofern dies nicht der Fall ist, substituire ich ihnen den D.); c) Einzelne an die Stelle Einzelner (z. B. A. B. und C. sollen meine Erben seyn, werden sie es nicht, so substituire ich dem A. den D., dem B. den E., dem C. den F.).

Was insbesondere den zweiten Fall anbetrifft, so tritt, wenn er so gestellt ist, wie hier angenommen wird, der Substitut erst ein, nachdem alle zuerst eingesetzte Erben weggefallen sind; bis dahin geht mithin das gesetzliche Anwachsungsrecht der Miterben dem Recht des Substituten vor [5a]). Es kann aber auch das Gegentheil be-

Pupillarverlassenschaft diese nämliche Qualität verleiht (§. 1451.).

3) L. 73. D. *de heredib. inst.* „Sub conditione heredi instituto si substituamus, nisi eandem conditionem repetemus, pure eum heredem substituere intelligimus. — HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp. p. 413.

4) L. 36. §. 1. D. *h. t.* §. 1. J. *de vulg. subst.*

5a) Arg. L. 10. C. *h. t.* — VINNIUS ad §. 1. J. *de vulg. subst.*

stimmt, oder sonst eine Anordnung getroffen werden, durch welche das jus accrescendi zum Besten der Substituten aufgehoben oder eingeschränkt wird. Letzteres z. B. in der Art, daß der Testirer bestimmt, es solle beim Wegfallen eines Miterben ein Theil von dessen Erbportion an den Substituten kommen, so daß es also in Ansehung des Uebrigen beim jus accrescendi bleibt. In dem dritten Falle dagegen tritt die umgekehrte Regel ein, d. h. es ist das jus accrescendi durch die Substitution für ausgeschlossen zu halten, soweit nicht das Gegentheil ausdrücklich bestimmt ist[5b]).

Es können auch Miterben einem wegfallenden Miterben substituirt werden. Die gegenseitige Substitution sämtlicher Miterben heißt reciproca substitutio[6]), und geschieht diese durch einen allgemeinen Ausdruck (eosque invicem substituo), so nennt man sie eine compendiosa oder breviloqua substitutio[7]).

5b) S. Paulli rec. sent. Lib. IV. Tit. 8. §. 26. in f. — L. 2. §. 8. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.) — L. un. §. 3. 4. 7. C. *de cond. toll.* (VI. 51. — H. Baumeister das Anwachsungsrecht unter Miterben nach röm. Recht. Tüb. 1829. S. 140—143.

6) L. 4. §. 1. D. *h. t.* — Vrgl. die beiden unten (Note 26) angef. Dissertationen von Reuter und Cleemann.

7) Diese Ausdrücke hat man nach folgenden Quellenäußerungen gebildet: „Si vero substitutio in secundum casum, vel expressa *vel compendio* — reperiatur,“ (L. 8. C. *h. t.*); ferner: „Haec verba: *Publius, Marcus, Cajus invicem substituti heredes mihi sunto*, sic interpretanda sunt, ut breviter videatur testator tres instituisse heredes, et invicem eos substituisse.“ — Also es kann die breviloqua

Bei einer Substitution der Miterben galt nun im Ganzen das Prinzip, wie bei dem **jus accrescendi**, d. h. die Erbquote des substituirten Miterben bildete die Norm für die Vertheilung des wegfallenden Theils, wenn nicht eine andere Vertheilungsnorm von dem Testirer beliebt ward[8]). Daß Prälegate, soweit der Miterbe sie von seinen Miterben erhält, nicht zum Erbtheil gerechnet werden, versteht sich von selbst[9]), wohl aber was ein Miterbe **jure accrescendi** oder durch eine andere Vergrößerung seines Erbtheils bekommt. Hieher gehört folgende aus dem dritten Buche des Commentars **ad Leg. Juliam et Papiam** genommene Stelle von Gajus:

subst. sogar mit der ersten Erbeinsetzung unmittelbar in Verbindung gesetzt werden, z. B. A. B. und C. sollen meine Erben und einander wechselseitig substituirt seyn.

8) §. 2. J. *de vulg. subst.* L. 24. L. 41. §. 1. D. *h. t.* L. 1. C. *h. t.*

9) Arg. L. 59. §. 3. D. *de hered. inst.* L. 75. §. 1. D. *de leg.* II. L. 1. C. *si certum petat.* — Roßhirt die Lehre von den Vermächtnissen Bd. I. S. 273. Nr. III. — A. M. scheint zu seyn F. A. Schneider das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der **Lex Julia et Papia.** (Berl. 1837.) S. 106 a. E. u. fg. — Indessen daß der Miterbe sein Recht auf das Prälegat mittelst der **familiae erc. actio** geltend machen kann (L. 17. §. 2. D. *de leg.* I.), ist eine bloße Folge des ohnehin bereits zwischen Miterben als solchen bestehenden obligatorischen Verhältnisses, weshalb denn Alles, was sie einander zu leisten haben, mit einer Klage gefordert werden kann; daß ihnen in dieser Hinsicht Erbenqualität zustehe, folgt daraus also keineswegs, vielmehr ist das Gegentheil deutlich genug in den Quellen ausgesprochen.

„Si in testamento heredes scripti ita alicui substituti fuerint, ut, *si is heres non esset, quisquis sibi heres esset, is in parte quoque deficiente esset heres*; pro qua parte quisque heres extitisset, pro ea parte eum in portione quoque deficientis vocari placet, *neque interesse, jure institutionis quisque ex majore parte heres factus esset, an quod per legem alteram partem alicujus vindicasset*"[10]). Hier wird nicht etwa eine reciproke Substitution vorausgesetzt, sondern es waren einem der Miterben die übrigen substituirt; in Ansehung dieser hat es der Testirer bei dem gesetzlichen jus accrescendi gelassen. Wenn nun einer oder der andere von diesen vor dem Erwerb seines Erbtheils wegfällt und dadurch sich der Theil seiner Miterben vergrößert, so wird diese Vermehrung mit gerechnet, um zu bestimmen, wieviel ein Jeder von dem vacant werdenden Theil dessen erhalte, welchem seine Miterben substituirt sind. An diese Anwendung mögen die Compilatoren gedacht haben, und die früheren Interpreten fassen die Stelle auch so auf[11]). Indessen sieht man nicht, wie möglicherweise nach feststehenden Rechtsgrundsätzen anders hätte entschieden werden sollen. Denn wenn der durch das Anwachsungsrecht hinzugekommene Theil dem Einen nicht als Vermehrung seiner Erbquote angerechnet werden soll, so darf er auch dem Anderen nicht gerechnet werden, und so müßte denn von dem vacanten Theile nothwendig etwas übrig bleiben, was sich indessen mit der Regel: nemo pro parte testatus u. s. w. nicht verträgt. Dies führt denn von

10) L. 5. D. h. t.

11) S. z. B. die Accursische Glosse, Baldus u. A. ad h. l.

selbst darauf, daß die Stelle ursprünglich einen anderen Sinn gehabt habe, wie dies auch seit dem Aufkommen historischer Studien im Civilrecht allgemein anerkannt ist. Sie bezieht sich nämlich auf die Vorschrift des Papischen Gesetzes in Ansehung der **caducorum vindicatio** von Seiten Derer, welche dem Aerarium noch vorgiengen [12]), und man darf wohl unbedenklich annehmen, daß in dem Schlußsatz etwas interpolirt sey; nämlich die Worte *per legem* sind auf die **Lex Papia Poppaea** zu beziehen, statt *alteram* partem hieß es aber ursprünglich *caducam* partem [13]).

Daß die Testirer durch dies Gesetz zu Substitutionen veranlaßt seyen, welche den Zweck gehabt, Caduzität zu verhüten, sagt Justinian selber [14]). Dabei versteht es sich denn von selbst, daß Jemand, der das **jus capiendi** nicht hatte, auch nicht wirksam substituirt werden konnte. Nur darüber herrschte Streit, ob nicht bei blos relativem Mangel der Capazität eine Pupillarsubstitution zu Recht bestehe? So konnte z. B. ein Ehegatte aus dem Testamente des anderen in der Regel nur dann das Ganze er-

12) *Fr.* BALDUINUS de jure novo. Lib. IV. (jurisprud. Rom. et AA. T. I. p. 1186.) *Jac.* GOTHOFREDUS ad capita legis Jul. de maritand. ordinib., in not. ad c. XI. (bei OTTO thes. jur. Rom. T. III. p. 220.) *Thom.* PAPILLONIUS de jure accrescendi (OTTO thes. T. IV. p. 767.) HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp. p. 286 sq. S. auch die folg. Note.

13) Rudorff über die caducorum vindicatio, in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Band VI. Nr. VI. S. 405. Schneider Anwachsungsrecht. S. 240. Not. 98.

14) L. 1. pr. D. *de cad. toll.* (VI. 51.) — Vrgl. Hugo Rechtsgesch. S. 934. d. 11. A.

halten, wenn sie wenigstens ein Kind mit einander erzeugt hatten[15]). Gesetzt nun der Mann setzte ein Kind aus früherer Ehe zum Erben ein und substituirte demselben pupillariter seine zweite Ehefrau, mit der er keine Kinder hatte, die aber, weil sie aus früherer Ehe die erforderliche Anzahl von Kindern hatte, aus dem Testamente Dritter Alles erhalten konnte. Hier fragte es sich, ob sie als Pupillarsubstitutin auch das vom Vater herrührende Vermögen erhalte? Julian war der Meinung, daß ihr davon nicht mehr gebühre, als der Theil, welcher ihr nach der Lex zugewendet werden konnte. Terentius Clemens, der diese Meinung des Julian referirt, scheint dagegen der Meinung zu seyn, daß sie mit der Pupillarverlassenschaft auch des Vaters Vermögen erhalte, weil dasselbe auch durch den Erwerb der väterlichen Erbschaft Vermögen des Pupillen geworden sey: „solidum ex ea causa capiet, *quasi a pupillo capiat*"[16]). In jedem Falle ist also dadurch anerkannt, daß der Substitut als Erbe des Testirers ebenfalls die Erwerbfähigkeit haben mußte. Schwerlich ist auch Justinians Aeußerung über die durch das Papische Gesetz veranlaßten Substitutionen auf Fälle dieser Art zu beziehen, indem ja die Caduzität auch ohne die Pupillarsubstitution nicht eingetreten seyn würde. Außer allem Zweifel ist es aber, daß die Stelle von Gajus von einer Vulgarsubstitution zu verstehen sey. Heineccius erklärt dieselbe so: wenn einem Miterben mehr als er

15) Ulpiani Fragm. Tit. XVI., wo sich auch die übrigen Ausnahmen aufgezählt finden. Siehe auch den Text zur Note 21.

16) L. 6. D. *h. t.* — Heineccius l. l. p. 266.

nach der **Lex** erhalten konnte durch Legat zugewandt sey, so habe dies das Aerarium an sich genommen; um dieses nun auszuschließen, sey die von Gajus vorgetragene Substitutionsformel erdacht [17]. Hiernach sollte man glauben: das Aerarium habe bloß die caduc gewordenen Vermächtnisse, nicht auch die Erbtheile, sich aneignen dürfen, die **caducorum vindicatio** der Miterben dagegen sich auf Legate nicht bezogen. Beides wollte aber Heineccius sicher nicht sagen, obgleich es allerdings wahr ist, daß nicht alle Miterben, welche das ihnen Zugewandte vollständig erhalten konnten (oder die **solidi capacitas** hatten) auch zur **caducorum vindicatio** berechtigt waren. Ueberhaupt wirkte das Recht erwerbfähiger Erben in Ansehung wegfallender Theile nicht so vollständig, wie bisweilen wohl angenommen wird, und daß die von Gajus referirte Substitutionsformel dadurch veranlaßt worden sey, läßt sich schwerlich in Abrede stellen. — Zuvörderst gab es nämlich mehrere ihrem Wesen nach ganz verschiedene Arten von Rechten für die Erben, welche ihrer Seits Alles erhalten konnten: das **jus antiquum in caducis** für Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grade des Testirers, die **caducorum vindicatio** und die **solidi capacitas** [18]. Ersteres enthalte a) das gewöhnliche Anwachsungsrecht für Erben, weshalb denn die genannten privilegirten Personen zu Erben eingesetzt seyn mußten, um davon Gebrauch machen zu dürfen [19], das Recht selbst sich auch nur auf den accres-

17) Heineccius l. l. p. 287.

18) Auf beide Rechte geht die Stelle bei Ulpian Fragm. Tit. I. §. 21. S. *F. A.* Schilling animadversion. criticar. ad Ulp. Fragm. Sp. I. (Lips. 1830.) p. 49 sq.

19) Ulpian Fragm. Tit. XVIII. L. 1. pr. in f. C. *de*

cirenden Erbtheil erstreckte, ferner b) Befreiung von der Verbindlichkeit, caduc gewordene Vermächtnisse zu zahlen. Die caducorum vindicatio begründete einen Vorzug der dazu berechtigten Personen vor dem Aerarium in Ansehung alles dessen, was als caducum betrachtet würde. Diese Personen waren heredes und legatarii patres, also nur Männer, welche wenigstens ein Kind hatten und im Testamente honorirt waren [20]. Außer den Personen nun, welche das jus antiquum und die caducorum vindicatio hatten, gab es manche, denen die solidi capacitas zustand, ohne jene Rechte; so namentlich Frauenzimmer, welche die erforderliche Anzahl von Kindern hatten, ferner ein Ehegatte in Beziehung auf das, was ihm im Testamente des anderen zugewandt war, wenn der Mann noch nicht 25, die Frau noch nicht 20 Jahre alt war [21]. So konnte es denn vielfältig dahin kommen, daß auch bei dem Vorhandenseyn erb- und erwerbfähiger Subjecte Manches gegen den Willen des Testirers an das Aerarium fiel [22]. In allen diesen

cad. toll. — Rudorff a. a. O. S. 402. a. E. Schneider a. a. O. S. 196.

20) Gaji inst. II. §. 206. 207. 286. Fragm. vet. ICti de jure fisci. §. 3. — Schneider a. a. O. S. 168 bis 170.

21) Ulp. Fragm. Tit. XVI. — Andere Fälle s. bei Schneider a. a. O. S. 223 fg.

22) Nach Schneider (a. a. O. S. 122—131; vergl. auch ebendas. S. 153.) soll auch das wegen Orbität weggefallene nicht eigentlich caducum sondern vacans geworden seyn, mithin sofort, d. h. ohne einen Vorzug derer, welche das jus antiquum oder die caducorum vindicatio hatten,

Fällen half aber die Substitution aus, d. h. war ein Erwerbfähiger substituirt, so hatte er als Substitut ein Recht auf die wegfallenden Theile, auch wenn ihm weder der jus antiquum noch die caducorum vindicatio zustand. Daher erklärt es sich denn leicht, wie Justinian sagen konnte: „testamentorum conditoribus gravissima caducorum observatio visa est, ut et substitutiones introducerent, ne fiant caduca" [23]). Am einfachsten wurde der beabsichtigte Zweck, wenigstens in Ansehung der wegfallenden Erbtheile, erreicht, durch eine gegenseitige Substitution der Miterben, vorausgesetzt, daß sich unter denselben vollkommen erwerbfähige Subjecte befanden; in Beziehung auf legata caduca mußten freilich noch besondere Maßregeln getroffen werden, doch genügte es jedenfalls, wenn auch nur einer der Erben die caducorum vindicatio hatte. — In dem Falle nun, welchen Gajus entscheidet, ist nicht von gegenseitiger Substitution die Rede, sondern es wird angenommen, daß einem Miterben die übrigen mittelst der allgemeinen Formel quisquis mihi heres erit substituirt waren; tritt der Substitutionsfall ein, so wird die wegfallende Erbquote unter den substituirten Miterben nach Maßgabe ihrer Erbportionen vertheilt, in welche aber auch die von

dem Aerarium erworben worden seyn. Es hätten mithin auch dadurch Substitutionen veranlaßt werden können. Indessen ist die Entwicklung dieser Idee viel zu künstlich, um an die Wahrheit derselben einen starken Glauben erwecken zu können. S. dagegen auch Huschke in s. Rec. der Schrift von Schneider, in den crit. Jahrb. für deutsche R.W. herausg. von Richter, Jahrg. 1838. Heft IV. S. 317 Nr. b.

23) L. I. pr. C. *de cad. toll.*

denselben vindizirten caduca mit eingerechnet werden sollen. Da nun die Caduzität im Justinianischen Rechte überall nicht mehr existirt, so müssen wir die Schlußworte der Stelle buchstäblich nehmen und auf Alles beziehen, was der Erbe in Folge gesetzlicher Bestimmung sich aneignen darf. Hiernach dürfte es wohl unbedenklich seyn, den von Gajus anerkannten Grundsatz nicht blos auf das Anwachsungsrecht zu beziehen, sondern auch auf das, was als ereptititium einem Miterben anfällt[24]).

Durch Substitutionen konnte also verhindert werden, daß caduke Erbtheile und Vermächtnisse nicht an das Aerarium fielen; es lag darin aber auch ein Mittel die caducorum vindicatio auszuschließen, indem man entweder Dritte oder Miterben substituirte, die jenes Recht nicht hatten, oder neben anderen ausgeübt haben würden. Auf diese Weise kann denn auch gegenwärtig die Substitution der Miterben dazu benutzt werden, um ein von dem des gesetzlichen Anwachsungsrechts verschiedenes Resultat herbeizuführen; z. B. der Testirer will, daß durch das Wegfallen eines Erben nur die Erbquote Einzelner vermehrt werden, oder mehr an den Einen wie an den Anderen kommen solle[25]). Wie unterscheidet sich nun aber die reciproke Substitution der Miterben von dem jus accrescendi, wenn Verschiedenheiten in Ansehung der Größe des zuwachsenden Theils überall nicht angeordnet sind, — namentlich also, wenn die Substitution

24) Ueber die Fälle, in welchen die ereptitia nicht an den Fiscus kommen, s. mein Lehrbuch der Pand. §. 791. der 7. A. Nr. II.

25) §. 2. J. *de vulg. subst.* L. 24. in f. D. *h. t.* — Vergl. Vinnius ad §. 2. J. *de vulg. subst.* Nr. 2.

durch einen allgemeinen Ausdruck — als **compendiosa** oder **breviloqua** — angeordnet ist [26])? — Thomasius behauptete gegen Ulr. Huber, ein wesentlicher Unterschied sey gar nicht vorhanden, auch sey durch Aufhebung der **Leges caducariae** diese Substitution durchaus unnütz geworden [27]). Nun darf man auch wohl annehmen, daß ohne die **leges caducariae** schwerlich von einer solchen Substitution in unseren Quellen die Rede seyn würde; wegen einiger Verschiedenheiten, die, da die Sache nun einmal existirt, mit logischer oder juristischer Consequenz angenommen werden müssen, wäre eine solche Substitution wohl nicht veranlaßt. Das aber kann kein Grund seyn, eine wirkliche und practische Verschiedenheit ganz wegzuläugnen [28]). Die Rechtslehrer, welche **ex professo** über den Gegenstand geschrieben haben, sind indessen bemüht gewesen, den Unterschied wichtiger erscheinen zu lassen, als er es an sich ist, indem sie eine Reihe von Verschiedenheiten aufzählen, welche entweder gar nicht existiren, oder auf ausdrücklicher Anordnung im Testamente beruhen, oder nur verschiedene Ausdrücke für

26) Denn „ex his verbis: *eosque invicem substituo*, non adeuntis portio scriptis heredibus pro modo sibi — — quaesitae portionis defertur;" L. 41. §. 1. D. *h. t.* Im Allgemeinen vergl. über die Frage: *J. H.* Reuter (resp. Sutorius) de substitutione reciproca ejusque a jure accrescendi discrimine. Hal. 1750. — *J. A.* Cleemann de reciproca cohaeredum substitutione. Lips. 1750.

27) *Chr.* Thomasius in nova add. ad *Ulr.* Huberi praelect. jur. civ. T. I. oder ad instit. tit. de vulg. subst. §. 2. p. m. 197.

28) Reuter diss. cit. p. 37 sq.

dieselbe Sache sind [29]). Die wirklichen Verschiedenheiten lassen sich auf ein Prinzip zurückführen: in der Substitution von Miterben liegt eine doppelte Erbeinsetzung, weshalb denn der Miterbe allenfalls aus dem einen Grunde Erbe werde, den aus dem anderen ihm deferirten Erbtheil aber ausschlagen kann [30]); das gesetzliche Anwachsungsrecht dagegen beruht darauf, daß die Miterben einander nur durch ihr Nebeneinanderbestehen beschränken, an und für sich aber ein Jeder ein Recht auf das Ganze hat, welches ipso jure wirksam wird, wenn Mitberufene wegfallen. Daraus folgt denn, daß das Anwachsungsrecht mit Nothwendigkeit wirkt, mithin der anwachsende Theil nicht ausgeschlagen werden kann, auch wenn der Erledigungsfall erst nach dem Tode des Erben, welcher seinen Theil erworben hat, eintritt, von selbst dessen Erben zufällt [31]). Anders verhält es sich bei der Substitution; weil hierin eine zweite Erbeinsetzung liegt, so ist das Recht daraus nicht eher für deferirt zu achten, bis der Vorgehende weggefallen ist [32]), weßhalb denn (nach der strengen Consequenz wenigstens) der Substitut als solcher nicht ipso jure erwirbt, noch weniger aber das Recht zu erwerben

29) S. insonderheit Reuter l. l. §. 30.

30) L. 76. §. 1. D. *de acq. vel om. her.* (XXIX. 2.)

31) L. 9. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.) L. 31. L. 53. §. 1. D. *de acq. v. om. her.* — Milderungen dieser Rechtsnothwendigkeit finden sich in L. 55. u. L. 61. D. eod. Vergl. M. S. Mayer das Recht der Anwachsung (Tüb. 1835.) §. 10. und mein Lehrb. der Pand. §. 787 a. E.

32) Vergl. Schneider Anwachsungsrecht S. 48.

auf seine Erben transmittirt[33]). Diese Verschiedenheit zwischen dem Anwachsungsrecht und der Substitution wird im Allgemeinen in folgender Stelle anerkannt: „Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem, vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio, et licet decesserint, antequam accresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet. *Alia causa est instituti heredis et coheredis substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem ejus sequitur*“[34]). Daß nun das gesetzliche Anwachsungsrecht seine Wirkung nicht ganz durch eine reciproke Substitution der Miterben verliert, versteht sich von selbst; es tritt nur in den Hintergrund, so lange die Substitution sich wirksam erweisen kann. Wenn daher ein Miterbe auch den Substitutionstheil ausschlagen dürfte, so kann er sich doch nie dem gesetzlichen jus accrescendi entziehen, sobald der rechtlichen Consequenz nach dies eintreten muß[35a]). Dies würde namentlich auch der Fall

33) L. 10. pr. L. 45. §. 1. D. *h. t.* L. 81. D. *de acq. her.* — Baumeister Anwachsungsrecht. S. 145 fg.

34) L. 9. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16). — *Em.* Merillius de jure accrescendi cap. IV. (Otto thes. T. IV. p. 1759. — *Jan. a* Costa ad §. 4. J. *de Senatusconsulto Orphit.*

35a) L. 2. §. 8. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.) „Si duo sint heredes instituti, Primus et Secundus, Secundo Tertius substitutus: omittente Secundo bonorum possessionem Tertius succedit, quodsi Tertius voluerit hereditatem adire vel bonorum possessionem accipere, recidit bonorum

seyn, wenn etwa die Bedingung, unter welcher die Substitution angeordnet wurde, nicht eintritt[35 b]), oder wenn alle sich weigern, als Substituten zu erben, oder wenn überhaupt nur zwei Miterben vorhanden, einander aber wechselseitig substituirt sind, indem alsdann dasselbe Re-

possessio ad Primum, nec erit ei necesse petere bonorum possessionem, sed ipso jure ei accrescet." — Wenn also weder der, welchem substituirt wurde, noch der Substitut erwerben wollen, so muß der Miterbe, welcher seinen Theil erworben hat, das Ganze annehmen.

35 b) Arg. L. 59. §. 5. D. *de heredib. inst.* — Vergl. auch L. 8. pr. D. *de bon. poss. sec. tab.* — „Si ita scriptum sit: *Sempronius ex parte dimidia heres esto, Titius, si navis ex Asia venerit, ex parte tertia heres esto, idem Titius, si navis ex Asia non venerit, ex parte sexta heres esto;* Titius non ex duabus partibus heres scriptus, sed ipse sibi substitutus intelligi debet, ideoque non ex majore parte, quam tertia, scriptus videtur. Secundum hanc rationem, quum sextans vacuus relinquatur, bonorum possessionem Titius accipiet non solum tertiae partis, sed ejus quoque, quae ex sextante eidem accrescit." — Eigentlich gehört die Stelle gar nicht hieher; es ist nur bemerkenswerth, daß der Jurist das jus accrescendi hier gewissermaßen aus einer stillschweigenden Substitution herleitet. — Titius war (wie auch ausdrücklich erinnert wird) nicht auf mehrere Theile, sondern alternativ, auf einen oder den anderen eingesetzt, je nachdem eine Bedingung eintreten oder nicht eintreten würde, ohne daß jedoch über den Erledigungsfall etwas bestimmt war. Da die Bedingung eintritt, mithin Titius Erbe zum dritten Theil wird, so fällt nun der sechste Theil jure accrescendi an seinen Miterben Sempronius und an ihn selbst, nach Maßgabe ihrer Erbquoten. — Vergl. Mayer Anwachsungsrecht S. 40.



sultat jedenfalls auch eintreten würde, wenn es beim jus accrescendi gelassen wäre. Von einem solchen Falle heißt es: „Si quis heres institutus ex parte, mox Titio substitutus, antequam ex causa substitutionis ei deferatur hereditas, pro herede gesserit, erit heres ex causa quoque substitutionis, *quoniam invito quoque ei accrescit portio*“ [36]).

Indessen hielt die Praxis nicht durchaus consequent fest an dem Grundprinzip und den daraus abzuleitenden Folgerungen. Man nahm nämlich an, daß der substituirte Miterbe durch die Erklärung, seinen Erbtheil erwerben zu wollen, sich auch im Voraus zur Annahme des Substitutionstheils bereit erklärt habe, ihn mithin auch nicht mehr ausschlagen könne, vorausgesetzt, daß er selbst den Anfall erlebe; denn, tritt der Erledigungsfall erst nach seinem Tode ein, so werden seine Erben durch die Miterben ausgeschlossen. „Toties — sagt Ulpian [37]) — videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adiisse, quoties acquirere *sibi* possit; *nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem.*“ — Das: *videtur* heres institutus etiam in causa substitutionis adiisse, beweist übrigens, daß es nicht genau und im Sinne der röm. Juristen gesprochen ist, wenn man sagt: der Substitutionstheil falle dem Miterben als Anhang des von ihm erworbenen Institutionstheils ipso jure zu [38]). Es wird nur voraus-

36) L. 35. D. *de acq. vel om. her.* — Vergl. Bd. 39. d. Comment. S. 217 fg.

37) L. 81. D. *de acq. v. om. her.* (*Ulp.* ad Leg. Jul. et Papiam.) — Heineccius comment. ad Leg. Jul. et P. P. p. 406.

38) S. Schneider Anwachsungsrecht. S. 106.

gesetzt, der Substitut habe durch den Erwerb seines Theils sich allen Anordnungen des Testirers gefügt, also dadurch zu erkennen gegeben, er wolle, wenn der Erledigungsfall eintrete, auch die Substitutionsportion haben. Freilich darf er diese Wirkung nicht durch eine entgegenstehende Erklärung vernichten, auch bedarf es keiner neuen Erklärung zum Erwerbe des deficirenden Theils, welche hier sehr überflüssig seyn würde, indem sie schon in der früheren liegt[39]), und diese Gleichheit der practischen Wir-

39) S. L. 76. pr. D. *de acq. v. om. her.* „Si tu ex parte sexta sub conditione institutus fuisses heres, et omittente partem suam Titio, cui substitutus eras, ex substitutione adiisses, deinde conditio jure sextantis (in Beziehung auf den Sechstheil) extitisset, quaero: an adire necesse habueris, ne sextans tuus intereat? Respondit, nihil interest, utrum ex substitutione prius adierit (adieris), an ex prima institutione, *quum ab utraque causa una aditio sufficiat*; sextans itaque, qui sub conditione datus mihi est, *ad me solum pertinet.*" In der Accursischen Glosse wird unter anderen auch die Meinung vorgetragen: die Stelle sey von dem Falle zu verstehen, wenn überhaupt nur zwei Erben vorhanden waren (Gl. *partem* ad h. l. §. 1.). Indessen wird dies schon durch die Schlußworte: *ad me solum pertinet* hinreichend widerlegt. (Mayer Anwachsungsr. S. 46.) Hier ist freilich zunächst nur von dem Rechte des Titius, den ihm bedingt hinterlassenen Theil zu erwerben, ungeachtet er blos als Erbe des zweiten Grades angetreten hatte, die Rede. Allein der Entscheidungsgrund lautet ganz allgemein, ist mithin sowohl auf den umgekehrten Fall (wenn zuerst aus der Institution angetreten wurde), als auch auf die Verbindlichkeit, den noch nicht erworbenen Theil anzunehmen, zu beziehen. Auch läßt sich die folgende Aeußerung

kung zwischen jus accrescendi und reciproker Substitution der Miterben selbst haben die Kaiser Diocletian und Maximinian vor Augen, wenn sie sagen: „Testamento jure facto, multis institutis heredibus et invicem substitutis, *adeuntibus suam portionem etiam invitis coheredum repudiantium accrescit portio*“[40]: Die römischen Juristen aber vermieden jede Aeußerung, welche dahin gemißdeutet werden konnte, daß dem Prinzip nach kein Unterschied zwischen beiden vorhanden sey[41]), und sich daher denn auch so verstehen

(§. 1. der Stelle) nicht füglich anders auslegen, als: man könne den einen Theil nur so lange ausschlagen, als man den andern noch nicht erworben habe. „Item, si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin, si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere velim, aut vindicare.“ — S. Pothier Pand. Justin. in not. ad h. l. lit. de acq. hered. Nr. 82.

40) L. 6. C. *h. t.*

41) Die L. 53. §. 1. D. *de acq. om. hered.* („Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, *i. e. tacite ei deficientium partes etiam invito accrescunt*“), ist weder auf die caducorum vindicatio zu beziehen (wie Rudorff in d. Zeitschr. f. gesch. R.W. Bd. VI. S. 407. 408. annimmt; s. dagegen Schneider a. a. O. S. 173 fg.), noch auf das reciproke Substitutionsrecht, wenngleich gerne zugegeben werden kann, daß die cursiv gedruckten (auch von Haloander weggelassenen) Worte ein bloßes Glossem seyen. — Vergl. auch Schulting ad Ulp. Fragm. Tit. XXVI. §. 5. not. 19.

ließ, daß der Substitutionstheil, gleich dem anwachsenden, an die Erben des substituirten Miterben gelange. Indessen fehlt es nicht an Rechtsgelehrten, welche dies behaupten [42]); die ausdrücklich entgegenstehende Aeußerung Ulpians (in der L. 81. D. *de acq. her.*) sucht Mayer auf folgende Art zu beseitigen: diese Stelle sey aus dem Standpunct des Papischen Gesetzes zu erklären, weil sie einem Commentar über diese Lex entnommen sey. Nur nach dem Rechte der Lex Papia habe Ulpian sagen können, der vor dem Substitutionsfall gestorbene Erbe könne nicht erwerben, indem derselbe als caduc nicht habe auf die Erben übertragen werden können [43]). — Schon Andere haben bemerkt, daß man besonders in neueren Zeiten oft viel zu weit in der Erklärung von Pandektenstellen nach ihren Inscriptionen gegangen sey, und daß aus der Inscription keineswegs immer auf einen derselben unmittelbar entsprechenden Inhalt geschlossen werden dürfe, da in den Schriften der römischen Juristen (und man kann ohne Bedenken sagen, auch in denen der neueren) so Manches vorkommt, was mit dem Titel oder der Inhaltsbezeichnung der Schrift selbst in gar keiner, oder doch nur in einer sehr entfernten Verbindung steht [44]). Aber nicht blos hieran wird man durch die Mayer'sche Interpretation erinnert. Nach der Meinung dieses Schriftstellers soll die caducorum vindicatio von selbst und mit Nothwendigkeit, ähnlich der Anwachsung, eingetreten, also auch dem Erben des Erben zu Gute gekommen seyn [45]).

42) S. Mayer Anwachsungsrecht S. 46 fg.

43) Mayer a. a. O. S. 47 fg.

44) Schneider Anwachsungsrecht S. 175. Not. 61.

45) Mayer a. a. O. S. 44. Aehnliches behauptet auch Ru-

Warum denn nicht auch, wenn in Ansehung eines Substitutionstheils Caduzität eintrat? Doch lassen wir dies, und fragen nur nach dem Resultat, welches der Verfasser durch seine Interpretation zu Tage gefördert hat. Er vermag nicht zu läugnen, daß Ulpian's Stelle mit seiner Theorie über die Anwachsung des Substitutionstheils im Widerspruch stehe, und will dieselbe daher aus dem Standpunct des Papischen Gesetzes erklärt wissen. Nun ist aber dies Gesetz nicht mehr anwendbar, folglich bliebe nur übrig, die Stelle als völlig bedeutungslos aus der Reihe der geltenden Rechtsbestimmungen zu streichen. Gegen einen solchen Mißbrauch der historischen Interpretation aber hat schon Neratius nachdrücklichst gewarnt, indem er sagt: „rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet, alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur“[46]).

Indessen ergiebt sich die Richtigkeit der gemeinen Ansicht auch noch aus anderen Stellen: *Ulpianus Lib. IV. ad Sabin.*[47]) „Sed si plures sint ita substituti: *quisquis mihi ex suprascriptis heres erit*, deinde quidam ex illis, posteaquam heredes extiterint patri, obierunt, *soli superstites ex substitutione heredes existent pro rata partium, ex quibus instituti sunt, nec quicquam valebit ex persona defunctorum.*“ Und mit gleicher Bestimmtheit und Deutlichkeit äußert sich hierüber Paulus: „si

dorff a. a. O. S. 408. S. dagegen Schneider a. a. O. S. 173 fg. und Hüschke in der Rec. der Schneider'schen Schrift, Richter's Jahrb. 1838. S. 321.

46) L. 21. D. *de legib.*

47) L. 10. D. *h. t.*

omnes instituti heredes omnibus invicem substituti essent, *ejus portionem, qui quibusdam defunctis postea portionem suam repudiavit, ad eum solum, qui eo tempore supervixit, ex substitutione pertinere*"[48]).

Doch beruft man sich auf Quellenäußerungen, wodurch das Gegentheil bewiesen werden soll, insonderheit auf solche, welche von theilweise bedingter theilweise unbedingter Erbeinsetzung handeln; da nämlich Substitutionen als bedingte Erbeinsetzungen bezeichnet werden[49]), so scheint es, daß Alles, was von diesen gilt, auch unbedenklich auf jene bezogen werden dürfe. — *Gajus Lib. II. de testam.*[50]). „**Si quis ita scripserit: *Titius ex parte dimidia heres esto, idem Titius ex altera parte dimidia si navis ex Asia venerit heres esto;* quum ex pura institutione adierit heres, quamvis conditio alterius institutionis pendeat, ex asse fit heres, scil. etiam conditione deficiente, quum non prosit ei conditio quicquam existens, quippe quum non dubitetur, quin, si quis ex parte dimidia heres institutus sit, nec praeterea quisquam alius, ipse ex asse heres institui videatur.**" Diese Stelle spricht indessen von dem Falle, wenn blos Einer eingesetzt ist. Hier muß dies Resultat mit recht=

48) **L. 45. §. 1. D.** *h. t.* — Nach einer gewöhnlichen Erklärung dieser Stelle (s. namentlich Westphal von Testament. §. 616 u. Höpfner Comm. §. 501. Note 1. Nr. 2 b.) soll der Miterbe nicht befugt seyn, als Substitut einzutreten, wenn er nicht auch als Institut Erbe geworden. Das Gegentheil ergiebt sich indessen aus **L. 76. §. 1. D.** *de acq. v. om. her.*

49) **L. 1. §. 13. D.** *ad Leg. Falcid.* **(XXXV. 2.)**

50) **L. 33. D.** *de hered. inst.*

licher Nothwendigkeit eintreten[51]), und darum denn auch der Erbe des Erben das Ganze erwerben, wenngleich die Bedingung erst nach dem Tode des Letzteren eintritt, gerade wie wenn zwei Erben eingesetzt sind und der Eine dem Anderen substituirt ist[52]). Die folgende Stelle dagegen kann nur von dem Falle verstanden werden, wo neben dem theilweise bedingt theilweise ohne Bedingung eingesetzten Erben wenigstens noch ein Miterbe vorhanden ist. „Qui ex duabus partibus institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit et decesserit, posteaque conditio extiterit: *ea quoque pars* ad heredem ejus pertinet"[53]). Schon der Ausdruck deutet darauf hin, daß unter den duae partes hier nicht die beiden Hälften der Erbschaft zu verstehen seyen; mit Bestimmtheit ergiebt sich dies aber daraus, daß das Recht des Erben, den bedingten Theil zu erwerben, von dem Eintritt der Bedingung abhängig gemacht wird, worauf ja in dem Falle, wenn überhaupt nur ein Erbe ernannt ist, gar nichts

51) L. 52. §. 1. D. *de acq. v. om. her.* „— quia solus heres futurus est omnimodo."

52) L. 35. pr. D. *de acq. v. om. her.*

53) L. 53. pr. D. *eod.* — v. Buchholz jurist. Abhandl. S. 36. will dies Recht der Erben nicht als ein beneficium juris (als ein außerordentliches Transmissionsrecht) gelten lassen, weil hier nicht ein freies Wahlrecht auf die Erben übergehe, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, sondern ein Zwang, auch diesen Theil der Erbschaft anzutreten. Indessen ist dieser Fall doch wohl sehr verschieden von dem, wo nur ein Erbe eingesetzt, folglich alles mit Rechtsnothwendigkeit an den Erben oder dessen Erben kommt.

ankommt[54]). — Allein ist nicht eine innere Verschiedenheit zwischen einer Substitution und einer sonstigen bedingten Erbeinsetzung vorhanden, welche von selbst auf einen Unterschied der rechtlichen Wirkung führt? Dies darf man gewiß behaupten. Wer auf einen Theil unter einer Bedingung auf einen anderen ohne Bedingung eingesetzt wird, ist doch immer eodem gradu institutus, weshalb denn auch der bedingt Eingesetzte, noch vor Eintritt der Bedingung, eine secundum tabulas B. P. erhält[55]; der Substitut dagegen ist secundo gradu institutus, vor dem Erledigungsfall ist ihm das Recht noch gar nicht deferirt, folglich kann er es auch nicht auf seine Erben transmittiren[56].

Man hat sich aber auch auf eine Stelle bezogen, welche geradezu das Recht der Substitution betrifft[57]: Sie lautet so: „Qui plures heredes instituit, ita scripsit: *eosque omnes invicem substituo*; post aditam a quibusdam ex his hereditatem, uno eorum defuncto, si conditio substitutionis extitit, alio herede partem suam repudiante, ad superstites tota portio pertinebit, quoniam invicem in omnem causam singuli substituti videbuntur; ubi enim quis heredes instituit, et ita scribit: *eosque invicem substituo*, hi substituti videbuntur, qui heredes

54) Vergl. Mayer a. a. O. S. 40—42.

55) L. 5. pr. L. 6. D. *de bon. poss. sec. tab.* — Vrgl. auch L. 59. §. 5. D. *de her. inst.* — „nec erit ei necesse pro herede gerere (wenn die Bedingung eintritt), *quippe jam heredi.*“

56) Arg. L. 3. L. 80. §. 2. D. *de acq. v. om. her.* — Vrgl. v. Buchholtz jur. Abhandl. S. 74.

57) L. 23. D. *h. t.*

extiterunt." — Nur der Schlußsatz leidet allenfalls die Deutung, daß der erledigte Theil Allen, die Erben geworden sind, folglich auch dem Erbeserben zu Gute komme. Die voraufgehenden Worte aber sprechen deutlich genug das Gegentheil aus: wenn von mehreren einander gegenseitig substituirten Miterben Einer stirbt, nachdem er seinen Theil erworben hat, darauf aber ein Anderer seinen Theil ausschlägt, so fällt dieser Theil ganz an die noch Lebenden (ad *superstites tota portio* pertinebit). Was berechtigt uns nun die Schlußworte der Stelle aus ihrem Zusammenhange gerissen als einen für sich bestehenden Satz zu betrachten? Papinian sagt: die ganze erledigte Portion, also auch der Theil, welcher an den verstorbenen Miterben gekommen seyn würde, hätte er den Anfall erlebt, fällt an die noch Lebenden; diese Entscheidung stützt er darauf: denn an und für sich seyen Alle zu dem Ganzen berufen (invicem in omnem causam singuli substituti videbuntur), versteht sich unter der Voraussetzung, daß sie wirklich Erben werden, — qui heredes extiterunt. Da nun aber in dem Vorhergehenden deutlich erklärt ist, wie dies gemeint sey, nämlich daß die Erben des bereits verstorbenen Miterben ausgeschlossen seyen, so darf man den Schlußworten keinen dieser deutlichen Entscheidung geradezu entgegengesetzten Sinn beilegen[58]).

Mit dem oben entwickelten, zwar etwas modifizirten allein keineswegs aufgehobenen Fundamentalunterschied

58) Langebeck in leges perdifficiles annotat. cap. 7. (bei Otto thes. T. I. p. 551.) will die Stelle auf die Frage beziehen: ob der, welcher seinem Theile entsagt habe, noch einen Anspruch auf den deficirenden Theile habe? An diese Frage dachte aber der Jurist sicher nicht.

zwischen dem gesetzlichen Anwachsungsrecht und einer gegenseitigen Substitution der Miterben hängt es auch zusammen, daß, wenn in Folge der Substitution ein wegfallender Erbtheil an einen Miterben kommt, nur von dem Ganzen die Falcidische Quart abgezogen werden darf, wenn auch die einzelnen Erben besonders mit Vermächtnissen belastet sind, wogegen in Beziehung auf einen accrescirenden Theil die Regel gilt: **portione gravata accrescente portioni non gravatae, quarta deducitur**, d. h. es genügt nicht, daß die Quart von dem Ganzen frey bleibt, sondern ist die zuwachsende Portion überschwert, so wird von dieser die Falcidische Quart besonders gekürzt[59]). Denn so lange die Erbeinsetzung noch in demselben Grade bleibt, ist es consequent, daß die Miterben ganz auf dieselbe Art an die Stelle des Ausscheidenden treten, als ob dieser selbst noch vorhanden wäre, oder (wie Gajus sagt): **si defecta (deficiens) pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret**"[60]). Den Substitutionstheil erhält

59) Bestritten war dies freilich unter den römischen Juristen, auch wird auf eine entgegenstehende kaiserliche Entscheidung Bezug genommen, L. 1. §. 14. D. *ad Legem Falcid.* Doch wird in dieser Stelle die oben vorgetragene Ansicht sehr deutlich gebilligt, und noch bestimmter in L. 21. und L. 78. D. *eod.*

60) L. 78. in f. D. *ad Leg. Falcid.* — Uebrigens führte hier die Begünstigung einer möglichst vollständigen Erfüllung letztwilliger Auflagen zu einer Einschränkung des Prinzips für den entgegengesetzten Fall (wenn nämlich nur die Portion dessen, welchem zuwächst, überschwert ist), eine Einschränkung, welche auf den besonderen Grund gestützt wird: weil ja auch sonst, wenn etwas bei dem Erben bleibt, was ihm nicht eigentlich zugewandt ist (Legate, die

der Miterbe dagegen durch eine auf ihn selbst sich beziehende besondern Erbeinsetzung, er erwirbt mithin aus seiner eignen Person, nicht aus der seines Miterben, und darum verhält es sich hier in Beziehung auf die Falcidische Quart eben so, wie wenn dem Erben ein Theil unter einer Bedingung ein Theil ohne Bedingung zugewandt ist, d. h. es genügt, wenn er von dem Ganzen die Quarte frey behält [61].

Andere Verschiedenheiten wird man schwerlich nachweisen können. So ist namentlich auch darin eine Gleichheit zwischen Anwachsungsrecht und gegenseitiger Substitution ausdrücklich anerkannt, daß, wenn von conjuncti coheredes einer wegfällt, dessen Theil zunächst an die conjuncti kommt [62]. „Qui discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit: *quos heredes meos invicem substituo*, conjunctos *primo loco vice mutua substituere videtur*, quibus institutionum partes non agnoscentibus ceteros omnes coheredes admitti“ [63].

die nicht ausgezahlt werden dürfen, den Vermächtnißnehmern, zu Statten kommen.

61) L. 1. §. 13. D. *ad Leg. Falcid.* „Id, quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis: *is enim similis est heres ex parte sub conditione heredi instituto.*“ — Vgl. Cleemann disp. de reciproca cohaered. substit. §. 12. *Mich. Godofr.* Wernher lectiss. comment. in Pand. T. II. p. 638 sq.

62) L. 41. §. 4. D. *h. t.*

63) Averanius interpr. jur. Lib. III. cap. XVI. Nr. 10. Hiernach darf man denn auch wohl annehmen, daß ein

Uebrigens ist eine reciproke Substitution aller Miterben im Zweifel alsdann nicht anzunehmen, wenn einige Miterben einander besonders substituirt sind. „Qui patrem et filium pro parte heredes instituerat, et invicem substituerat, reliquis coheredibus datis, post completum assem ita scripsit: *hos omnes invicem substituo;* voluntatis fit quaestio, commemoratione *omnium* patrem et filium substitutioni coheredum miscuisset, an eam scripturam ad ceteros omnes transtulisset? Quod magis verisimile videtur propter specialem inter patrem et filium substitutionem"[64]). Beide Substitutionen sind also von einander zu trennen; die erste bezieht sich allein auf Vater und Sohn, die zweite auf alle übrigen Miterben. Erst wenn diese sämmtlich weggefallen sind, tritt für die zuerst genannten das jus accrescendi ein, so wie umgekehrt für jene, wenn weder der Vater noch der Sohn Erben werden[65]).

§. 1449.

Wirkung der Vulgarsubstitution und Wegfallen derselben.

Tritt der Substitutionsfall ein, so erhält der Substitut in der Regel den Erbtheil des Instituten[66]), falls

conjunctus im Substitutions- wie im Anwachsungsrecht dem disjunctus vorgehe. Doch wird dies von Manchen geläugnet; so von Thomasius zu Huber's praelect. jur. civ. T. I. p. 197, denen Wernher l. l. pag. 378 beistimmt.

64) L. 41. §. 5. D. *h. t.*

65) Averanius interpr. jur. Lib. III. c. XXII. Nr. 2.

66) L. 59. §. 3. D. *de heredib. inst.*

nicht ausdrücklich bestimmt ist, daß er weniger erhalten solle; z. B. A. und B. sollen meine Erben seyn, ein Jeder zur Hälfte. Sollte A. nicht Erbe werden, so substituire ich ihm den C. jedoch nur auf die Hälfte seines Erbtheils oder auf 1/4 des Ganzen. In diesem Falle kommt das übrige Viertheil jure accrescendi an den B. In wie weit sonst durch Substitution das Anwachsungsrecht ausgeschlossen oder modifizirt wird, ist bereits in dem vorhergehenden §. bestimmt. In keinem Falle kann aber die Substitution wirksam werden, so lange noch aus dem Rechte der Institution die Erwerbung der Erbschaft möglich ist[67]). Hieraus folgt denn auch, daß die Substitution auch durch die Möglichkeit einer Transmission auf die Erben verhindert werde. Doch ist dies sehr streitig[68]). Bekanntlich versteht man unter den Transmissionsfällen die Befugniß der Erben des Erben, eine von diesem noch nicht erworbene Erbschaft anzutreten, also die Ausnahme von der Regel: **hereditas nondum adita (acquisita) non transmittitur ad heredis heredis**[69]). Am wenigsten zweifelhaft scheint der Vor=

67) L. 69. D. *de acq. v. om. her.*

68) Das Gegentheil vertheidigen, wenn auch nicht in Ansehung aller und jeder Transmissionsfälle, C. L. Crell diss. utrum heredi instituto intra annum deliberandi mortuo substitutus admittatur? Viteb. 1734. (und in Diss. et Progr. Crellian. Fasc. III. Nr. XIX.); Reuter s. Sutorius Diss. de subst. reciproca ejusq. a jure accr. discrim. §. 8. in not. p. 9 sq. Cleemann de eod. arg. §. 10. — S. indessen Thibaut Versuche Bd. I. Abh. XIII., dem man jetzt gewöhnlich folgt. S. v. Buchholtz in d. Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. X. S. 443.

69) Die Regel selbst findet sich in mehreren Stellen anerkannt;

zug der s. g. transmissio ex jure suitatis vor der Substitution zu seyn; denn daß der suus heres auch noch vor der Erklärung über den Erwerb der Erbschaft sein Recht auf seine Erben transmittirt ist ja nichts Besonderes, da ihm dasselbe wirklich erworben ist[70]). Zwar heißt es: „hereditatem, *nisi fuerit adita*, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur"[71]). Soll diese Aeußerung aber überhaupt hier etwas beweisen, so würde daraus folgen, daß auch der suus heres sein Recht nicht anders auf die Erben bringe, als wenn er wirklich antritt; eine solche Auslegung aber würde mit den anerkanntesten Rechtsregeln streiten, weshalb denn klar ist, daß durch jene Worte nur auf die regelmäßige Art Erbschaften zu erwerben hingedeutet wird, wie ja auch die Praktiker die Regel so ausdrücken: hereditas non adita non transmittitur, ohne damit etwas anderes sagen zu wollen, als, daß eine Erbschaft vor ihrem Erwerbe nicht transmittirt wird. Eher kann man Das geltend machen, daß der Ascendent durch die Einsetzung der suus heres unter einer Potestativbedingung ihm die Eigenschaft eines s. g. voluntarius heres mittheilt, folglich bewirkt, daß auch ihm die Erbschaft erst durch Adition erworben wird[72]). Darin, daß einem suus heres auf den Fall, wenn er nicht Erbe werden sollte, ein Substitut ernannt wird (ließe sich allenfalls sagen), scheint

s. z. B. L. 7. C. *de jure delib.* (VI. 30.) L. un. §. 5. u. 13. C. *de cad. toll.* (VI. 51.)

70) L. 3. C. *de jure delib.*

71) L. un. §. 5. C. *de cad. toll.*

72) L. 86. §. 1. D. *de heredib. inst.* L. 12. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.)

stillschweigend die Bedingung ausgedrückt zu seyn: der suus solle sich über den Erwerb erklären, mithin, falls dies nicht geschehe, der Substitut dem Erbeserben vorgehen[73]). Indessen, auch ganz davon abgesehen, daß auch unsere Quellen die ausdrückliche Vorschrift des Testirers: si voluerit (filius) heres esse, oder einer anderen Potestativbedingung erfordert wird (Note 72), so verträgt es sich ja sehr wohl mit einander, daß Jemand das Erbrecht ipso jure Erbe erwirbt und ihm für den Fall, wenn er nicht erben würde, ein Anderer substituirt wird. Der Substitut tritt nämlich ein a) wenn vor der Delation des Rechts der instituirte suus heres wegfällt[74]), b) wenn er von dem s. g. beneficium abstinendi Gebrauch macht, indem dadurch alles in die Lage kommt, wie wenn er nie Erbe geworden wäre[75]). Darum wird selbst in dem Falle nicht einmal die Bedingung: si voluerit heres esse für ausgedruckt zu halten seyn, wenn der suus heres eingesetzt und ihm auf den s. g. casum noluntatis substituirt ist, indem ja eben der Wille des

73) Reuter Diss. cit. p. 10. 11.

74) Vrgl. L. 16. C. *de lib. et post.* (XXVIII. 2.). Hier findet sich eine Anwendung des bekannten Satzes, daß auch einem suus heres die Erbschaft nicht gerade immer schon beim Tode des Erblassers deferirt wird, namentlich alsdann noch nicht, wenn noch ein postumus erwartet wird (L. 84. D. *de acq. vel om. her.*); wenn nun hier der suus stirbt, ehe sich ausgewiesen hat, ob ein postumus erscheinen werde, oder nicht, und alsdann Letzteres sich ergiebt, so tritt nunmehr der Substitut ein. S. Pothier not. Pand. Justin. Tit. *de acq. her.* Nr. 50.

75) L. 20. §. 4. L. 87. §. 1. D. *de acq. v. om. her.* — Vrgl. L. 41. eod.

Eigenerben ungeachtet des gesetzlich bereits eingetretenen Erwerbes immer noch in Betracht kommt[76]). Allerdings kann aber die Substitution auch noch nach dem Tode des suus heres wirksam werden, indem das Recht zu abstiniren auf dessen Erben transmittirt wird[77]). — Uebrigens muß man den Vorzug des Substituten vor den Erbeserben alsdann zugeben, wenn der suus heres unmündig ist. Hat der Erblasser eine Pupillarsubstitution angeordnet, der Pupill aber die väterliche Erbschaft erworben und stirbt vor den Jahren der Mündigkeit, so tritt nunmehr die Pupillarsubstitution in Kraft; erwirbt er überall nicht, oder abstinirt, so erbt der Substitut Kraft der stillschweigenden Vulgarsubstitution. Ein Gleiches tritt ein, wenn nur vulgariter substituirt ist, die Substitution aber als eine duplex bestehen kann (§. 1447). Hieraus folgt denn freilich, daß der Vorzug des Erbeserben vor dem Substituten auf den Fall zu beschränken ist, wenn dem suus heres nur vulgariter, nicht auch pupillariter substituirt werden kann[78]).

Was nun die übrigen (oder vielmehr die eigentlichen) Transmissionsfälle anbetrifft, so beruft man sich für den Vorzug des Substituten vor dem Transmissar im Allgemeinen auf die als wahrscheinlich anzunehmende Absicht des Testirers, nur den Instituirten selbst, nicht aber die ihm meistens wohl unbekannten und gleichgiltigen Erbes-

76) Vergl. VINNIUS ad pr. J. de vulg. subst. Nr. 4. 5. 6. et ad §. ult. eod. Nr. 2. und STRUVE synt. jur. civ. Exerc. XXXIII. Th. 17.

77) L. 7. §. 1. D. *de acq. her.* — Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Bd. II. S. 83 fg.

78) Vergl. *Ulr.* HUBER prael. ad Tit. Dig. de vulg. et pup. subst. Nr. 3.

erben dem Substituten vorziehen zu wollen [79]), habe der Testirer dies nicht beabsichtigt, so könne er es ja leicht erklären, wie denn in vorkommenden Fällen auch geschehen sey [80]). Letzteres kann man unbedenklich zugeben, ohne daß hieraus für die Ansicht der Gegner irgend etwas folgt. Hat der Institut die Erbschaft erworben, so fällt das Substitutionsrecht ganz weg; im entgegengesetzten Fall sind in der Regel auch die Erbeserben ausgeschlossen, und will der Testirer diese dennoch dem Substituten vorgezogen wissen, so muß er dies erklären. Nur ausnahmsweise können die Erben des Erben Statt desselben noch erwerben, Regel bleibt es mithin immer, daß der Substitut ihnen vorgezogen wird. Die Frage kann daher nur seyn: ob auch die Ausnahmen lediglich auf dieselbe Art ausgeschlossen werden, wie die Regel, d. h. nur dadurch, daß der Erblasser den Vorzug der Erbeserben vor dem Substituten ausdrücklich anerkennt? Die dafür in Bezug genommene allgemeine Vermuthung der wahrscheinlichen Absicht des Testirers kann aber gegen das, was der rechtlichen Consequenz und selbst ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung gemäß ist, nicht in Betracht kommen. Der Vorzug nun des Transmissars vor dem Substituten hat a) die rechtliche Consequenz für sich. Denn ein transmittirtes Recht ist eben ein Recht des Erben; so lange aber das Recht des Instituirten noch besteht, hat der Substitut keinen Anspruch auf die Erbschaft [81]). b) Ganz

79) Crell l. l. §. 4. (Fasc. III. p. 535 sq.) Reuter l. l.

80) L. 85. D. *de heredib. inst.* — Vrgl. über diese Stelle oben S. 240 fg. dieses Bandes.

81) Arg. L. 40. D. *de heredib. inst.* — „*si heres non erit*, nihil aliud intelligitur significare, quam: si

allgemein und bestimmt erkennt auch Justinian den Vorzug des Transmissars an, wenn er sagt: „Quum autem in superiore parte legis: *non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti*, disposuimus; necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit et potuerit, pervenire. Quod si hoc non sit, vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sint, vel accipere nolint, vel aliquo modo non capiant, tunc ad nostrum aerarium devolvatur"[82]). Der Kaiser bestimmt hier die Ordnung, in welcher eine Erbschaft Verschiedenen nach einander angeboten wird, wenn der eingesetzte Erbe nicht antritt. Heißt es nun: in einem solchen Falle komme es an den Substituten, da nur in wenigen Fällen eine Transmission des Rechts an die Erbeserben Statt finde, — so ist dies ja unmöglich anders zu verstehen, als: tritt ein solcher Fall ein, so geht freilich der Transmissar dem Substituten noch vor[83]).

Die hier vorgetragenen Gründe nun gelten im All-

hereditatem vel sibi (non) acquisierit, vel mutata conditione alium heredem non fecerit." Vergl. v. Buchholz in d. Zeitschr. für Civilr. u. Proz. Bd. X. S. 443. u. Thibaut am Schluß der angef. Abhandl.

82) L. un. §. 13. C. *de cad. toll.*

83) Die Bündigkeit dieses Arguments wird auch von Reuter (l. l. p. 11 sq.) zugegeben; indessen glaubt er es durch die Bemerkung entkräften zu können, daß die Ausnahme nicht in dem eigentlichen Dispositivsatze erwähnt sey. Als ob dies etwas gegen einen nach logischen Gründen nothwendigen Schluß entscheiden könne!

gemeinen auch für den Vorzug der s. g. **transmissio Justinianea**, worunter man bekanntlich die Befugniß der Erbeserben versteht, die Erbschaft während der ihrem verstorbenen Erblasser noch übrigen Deliberationsfrist zu erwerben [84]). Wer innerhalb der Deliberationfrist stirbt, ohne sich über den Antritt der Erbschaft erklärt zu haben, von dem kann man doch sicher nicht sagen, er habe das Recht ausgeschlagen, und nur wegen der Unmöglichkeit einer ferneren Erklärung würde jetzt das Recht des Substituten eintreten; wenn nun aber das Gesetz seinen Erben die Antretungsbefugniß zugesteht, so wird das Recht des eigentlichen Erben als ein noch fortdauerndes gedacht, mithin ist der Erledigungsfall noch gar nicht vorhanden [85]). Dadurch sind denn die Gründe der Gegner: es bleibt doch immer gewiß, daß der Institut nicht Erbe geworden sey, und hierauf ist der Eintritt des Substituten von dem Erblasser gestellt [86]), von selbst für widerlegt zu achten. Indessen berufen die Vertheidiger des Vorzugs des Sub-

84) L. 19. C. *de jure delib.*

85) STRUVE synt. jur. civ. l l. p. 254. THOMASIUS in schol. et addit. ad *Ulr.* HUBERI prael. in tit. de vulg. et pup subst. Nr. 5.

86) *Ulr.* HUBER ad d. tit Nr. 5. — Auch VINNIUS stand hier auf der Seite der Gegner; ad §. ult. J. *de vulg. subst.* Nr. 2. Er führt noch folgenden Grund für seine Meinung an: „neque enim nova et exorbitans constitutio facile extendi debet cum injuria tertii, qui pro se habet et provisionem hominis et simul provisionem legis;“ — indessen würde dieser Grund überhaupt dem Transmissar entgegenstehen, indem jedes Transmissionsrecht ein jus singulare ist; es ist mithin inconseqent, wenn Vinnius in den übrigen Fällen den Vorzug des Transmissars zugesteht.

stituten vor dem Transmissar sich auf eine Pandektenstelle, die jenen Vorzug deutlich anerkennen, und also jedenfalls als lex specialis der allgemeinen Bestimmung Justinians über das Transmissionsrecht des spatinm deliberandi vorgehen müsse [87]). Sie lautet so: *Paulus Lib. I. ad Plautium.* „Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem, et si non ita adierit, alius ei substituatur, prior autem heres, antequam adiret, decesserit: *nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis exspectare non soleat*“ [88]). An sich ist die Stelle durchaus klar: wenn auch die dem Erben zur Antretung bestimmte Zeit noch nicht verflossen ist, so kann doch der Substitut gleich nach dem Tode desselben antreten, ohne erst den völligen Ablauf jener Zeitfrist abwarten zu dürfen. Gegen die Beweiskraft dieser Stelle argumentirt nun Thibaut auf folgende Art: zur Zeit der Pandektenjuristen gab es noch gar kein Transmissionsrecht aus der Person des deliberirenden Erben, die Entscheidung von Paulus war also den damals geltenden Rechtsgrundsätzen gemäß, darf mithin nicht als eine auf besonderen Gründen beruhende Bestimmung betrachtet werden. Wenn daher Justinian das Recht des deliberirenden Erben auf die Erben desselben übertrage, so müsse das neue Gesetz auch die Fälle ergreifen, welche nach dem entgegenstehenden Grundsatze des älteren Rechts entschieden seyen [89]). Bedenklichkeit erregt dagegen freilich der Umstand, daß Justinians Gesetz aus dem Jahre 529,

87) S. insonderheit Crell diss. cit. §. 5.

88) L. 72. D. *de acq. her.*

89) Thibaut. Vers. Bd. I. S. 251—261. (d. 1. A.)

also aus der Zeit vor der Pandekten-Compilation ist. Nach Thibauts eigner Ausführung darf man in solchen Fällen nicht so geradehin die Regel anwenden: der Constitutionen-Codex gehe den Digesten vor, da hiebei doch immer ein Versehen der Compilatoren vorausgesetzt werden müßte, was aber im Zweifel nicht angenommen werden darf; man muß daher, wenn dies irgend möglich ist, eine Vereinigung zu bewirken suchen, und darf insbesondere die Regel nicht vergessen: **species derogat generi,** weshalb denn die in die Pandekten aufgenommenen besonderen Entscheidungen neben einer dazu nicht passenden Regel des Codex jedenfalls fortbestehen, wenn der Gegenstand derselben nicht mit absoluter Nothwendigkeit unter die neue Regel zu subsumiren ist [90]). Sind diese Grundsätze (wie wohl nicht zu bezweifeln ist) richtig, so kommt auch nichts darauf an, daß die besondere Entscheidung aus einem früherhin allgemein giltigen Grundsatze geflossen ist, falls sie nur als eine auf besondere Gründe beruhende, mithin ohne eigentlichen Widerspruch, neben der neuen Regel bestehen kann [91]). Hiernach würde man möglicherweise einen doppelten Weg einschlagen können, um die **L. 72. D.** *de acq. her.* mit der **L. 19. C.** *de jure delib.* zu vereinigen: entweder, daß man sagt, es sey der Vorzug des Transmissars zwar als Regel anerkannt, für diesen Fall aber das Gegentheil angenommen. Oder, daß man von der s. g. **transmissio Justinianea** die Fälle überhaupt ausscheidet, wenn der Testirer dem Erben eine Antretungsfrist gesetzt hat. Jenes aber wird

90) Thibaut civilist. Abhandl. Nr. VI. S. 82—90.

91) Vergl. auch hiezu Thibaut civilist. Abhandl. Nr. VII. S. 119 fg.

sicher in der Ausdehnung nicht behauptet werden dürfen, daß der Justinianische Transmissar dem Substituten stets nachstehen müsse, da Justinian in der **L. un. §. 13. C.** *de cad. toll.* dem Transmissar ganz allgemein der Vorzug zugesteht. Will man also auf diesem Wege eine Vereinigung versuchen, so bleibt schwerlich etwas Anderes übrig, als den Grund der Entscheidung in der besondern Art der testamentarischen Anordnung zu finden, nämlich in dem Ausdruck einer Bedingung, daß sich der Erbe binnen einer bestimmten Frist erklären müsse. Daß sich von selbst verstehende Bedingungen (**juris** oder **tacitae conditiones**) die Kraft eigentlicher Bedingungen dadurch erhalten können, daß der Testirer sie ausdrücklich vorschreibt, ist bekannt[92]); man wird daher auch zugeben müssen, daß, wenn der Testirer sagt: ich setze den A. zum Erben ein, unter der Bedingung, daß derselbe sich binnen 100 Tagen nach meinem Tode über die Erbschaftsantretung erklärt, der Erbe aber vor Ablauf der Frist ohne Erklärung stirbt, nunmehr die Bedingung nicht eingetreten sey, folglich der Erbeserbe durch den Substituten ausgeschlossen werde[93]). Der wirkliche Ausdruck der **L. 72. cit.** ist mit dieser Auslegung gewiß sehr wohl zu vereinen[94]), und in der That dürfte es auf andere Art nicht möglich seyn, die Stelle aus dem Gesichtspunkte einer **lex specialis** zu erklären.

92) L. 12. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.)

93) §. 2. J. *quibus. med. infirm. test.* — L. 52. §. 1. D. *de acq. her.*

94) Auf ähnliche Art wird die Stelle schon in der Accursischen Glosse erklärt. S. auch CUJACIUS Tr. ad Africanum I. ad h. l.

Denn der Kaiser verordnet ganz allgemein: jeder Erbe, er möge eine Deliberationsfrist erhalten haben, oder nicht, solle, so lange er sich nicht erkläre, als deliberirend angesehen werden, und darum das Recht anzutreten auf seine Erben transmittiren [95]); hiernach muß es denn an sich für gleichgiltig gehalten werden, ob eine Antretungsfrist vom Testirer, oder von der Obrigkeit, oder vom Gesetz bestimmt ist. Allerdings hatte die testamentarische Anordnung einer Antretungsfrist früher manches Eigenthümliche, besonders in dem Falle, wenn dem Erben ein Substitut ernannt war; indessen sind diese Besonderheiten theils aus dem Justinianischen Rechte verschwunden, theils überhaupt von der Art, daß davon das hier dargestellte Resultat nicht berührt werden kann. — Von gesetzlichen Fristen konnte vor Justinian nur in Beziehung auf Agnition der **Bonorum possessio** die Rede seyn; wer die Agnitionsfrist nicht wahrte, war, wenigstens vom prätorischen Erbrechte, ausgeschlossen, und sein Recht fiel den Miterben, dem in der Ordnung der **B. P.** Folgenden,

95) L. 19. C. *de jure delib.* — „sancimus, si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, vel *si hoc quidem non fecerit*, non tamen successioni renuntiaverit, *ut ex hac causa deliberare videatur*, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, *praedictum arbitrium in succesionem suam transmittat*, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa." — Die Streitfragen: ob durch dies Gesetz dem Erben selbst ein jährliches spatium deliberandi gegeben, und in wiefern die Bestimmung der L. 19 durch die der L. ult. *eod.* abgeändert sey? können wir hier ganz auf sich beruhen lassen. S. darüber unten §. 1467.

oder dem Substituten an[96]). Auf Andringen der Erbschaftsinteressenten, — der Gläubiger, der Vermächtnißnehmer, der Substituten — wurde dem Erben aber eine Frist vom Magistratus gesetzt, welche wenigstens 100 Tage umfaßte und aus erheblichen Gründen auch verlängert wurde; nach deren vergeblichen Ablaufe gieng der Erbe ebenfalls seines Rechts verlustig[97]). Dieß setzte indessen voraus, daß nicht schon der Testirer eine solche Anordnung getroffen hatte. War das geschehen, so trat mit deren Ablauf (so wie, wenn der Erbe vorher mit Tode abgegangen war) die nämliche Wirkung ein[98]). Die in den vorjustinianischen Rechtsquellen erwähnten Eintheilungen der cretio[99]) lassen auf einen häufigen Gebrauch solcher Anordnungen schließen. Die üblichere Art war, die Cretionsfrist als utile tempus anzuordnen, weßhalb sie auch vulgaris cretio hieß, im Gegensatz der continua,

96) L. 4. D. de B. P. (XXXVII. 1.) L. 2. §. 4. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11.)

97) L. 1. §. 1. L. 2. L. 3. D. *de jure delib.* (XXVII. 8.) L. 69. D. *de acq. her.* — Gaji inst. II. §. 167. — Vergl. unten Note 6.

98) Eine Verlängerung der Frist durch den Magistrat konnte hier natürlich nicht erfolgen, wohl aber eine allzulange Frist der Gläubiger wegen abgekürzt werden; Gaji inst. II. §. 170.

99) d. i. die Erklärung, daß man Erbe werden wolle, welche auf herkömmliche Art, oder durch verba solennia, mithin in Person vom Erben geschehen mußte. Ulpianus Fragm. Tit. XXII. §. 28. „Cernere est, verba cretionis dicere ad hunc modum: cum me Maevius heredem instituerit, eam hereditatem adeo cernoque.“ Vergl. ebendas. §. 27. u. Gaji inst. II. §. 164. §. 166. (Schilling Bem. über röm. Rechtsgeschichte S. 78 fg.)

wobei die Tage in natürlicher Reihefolge, oder ohne Unterbrechung gezählt wurden [100]). Außerdem war die cretio entweder eine perfecta oder imperfecta, je nachdem die Worte: „quodni ita creveris exheres esto, bei der Anordnung einer Cretion gebraucht waren, oder nicht [1]). Diese Eintheilung und deren Wirkung bezog sich aber wohl nur auf Substitutionsfälle; denn nur darauf gehen die in den Quellen vorgetragenen Anwendungen [2]). Bei cretio perfecta schloß der Substitut den im ersten Grade eingesetzten Erben unbedingt aus, wenn dieser nicht binnen der bestimmten Frist cernirte; eine unförmliche Antretung (pro herede gestio) war hier durchaus wirkungslos. Im Falle der imperfecta cretio dagegen verschaffte die formlose Erbschaftsantretung dem Erben die Hälfte, so daß er also mit dem Substituten concurrirte, wie wenn dieser sein Miterbe wäre [3]). Anfangs trat diese Wirkung

100) Gaji inst. II. §. 171—173. — „alia cretio vulgaris vocatur, alia certorum dierum; vulgaris — in qua dicuntur haec verba: *quibus sciet poteritque*; certorum dierum, in qua detractis his verbis caetera scribuntur. — — — Certorum dierum cretione data etiam nescienti, se heredem institutum esse, numerantur dies continui; item ei quoque, qui aliqua ex causa cernere prohibetur, et eo amplius ei, qui sub conditione heres institutus est, tempus numeratur. — Continua haec cretio vocatur, quia continui dies numerantur; sed quia tam dura est haec cretio, altera magis in usu habetur; unde etiam vulgaris dicta est.“ — Vrgl. Ulpiani Fragm. l. l. §. 31. 32.

1) Ulp. l. l. §. 33. 34.

2) Gaji inst. II. §. 174. §. 176—178. Ulp. l. l. §. 33. 34.

3) Gajus l. l. §. 176. 177. ——— „si cretio sine ex-

stets ein, wenn auch die Cretionsfrist noch nicht abgelaufen war, d. h. es konnte nunmehr der Erbe auch nicht durch die cretio den Substituten von dem Recht auf die Hälfte ausschließen; doch änderte sich dies sehr bald, oder es kam das Recht auf, daß auch noch nach der pro herede gestio, so lange die Cretionsfrist dauerte, der Substitut durch die cretio des Erben ganz ausgeschlossen werden konnte[4]). Seit einer Constitution des Kaisers Marc Aurel bedurfte es bei imperfecta cretio überhaupt nicht mehr der förmlichen Erklärung, um den Substituten völlig auszuschließen, sondern es wurde dies durch jede Erbschaftsantretung bewirkt, falls diese nur innerhalb der vom Testirer vorgeschriebenen Frist erfolgte[5]).

In den Justinianischen Rechtsquellen nun wird dieser Unterschied zwischen vollständiger und unvollständiger Antretungsfrist natürlich nicht mehr vorgetragen; durch jede binnen der gesetzten Frist erfolgende Erklärung, Erbe werden zu wollen, wird der Substitut ausgeschlossen, nach Ablauf der Frist tritt aber das Recht des Substituten ein, welcher aber auch noch nach dem Tode des Erben durch das Transmissionsrecht ausgeschlossen werden kann, falls nicht der Testirer die Antretungsfrist als eigentliche Bedingung angeordnet hat. Abgesehen von diesem Falle geht also der Transmissar, oder der Erbe des be-

heredatione sit data, ——— si prior omissa cretione pro herede gerat, substitutus in partem admittitur, et fiunt ambo aequis partibus heredes." Ulpianus l. l. §. 34.

4) Gajus l. l. §. 178.

5) Ulpianus l. l. §. 34. — Hugo Rechtsgesch. XI. Ausg. S. 934. Gans Scholien zu Gajus S. 289 u. 367.

liberirenden Erben, stets dem Substituten vor, auch in dem Falle, wenn auf dessen Antrag dem Erben eine Antretungsfrist gesetzt ist[6]).

Das Wegfallen nun des Substitutionsrechts kann seinen Grund haben in der Person des Vorerben, oder in der Person des Nacherben (Substituten) selber.

A) Aus der Person des Vorerben, wenn dieser sich oder einem Anderen, so wie auch, wenn dessen Erbe in Folge eines Transmissionsrechts die Erbschaft erwirbt[7]). Das Erwerbsrecht für einen Anderen bezog sich auf die Fälle, wenn Sclaven und Hauskinder eingesetzt waren, indem diese dem Hausherrn erwarben, ist mithin jetzt nicht mehr anwendbar, indem nach dem neueren Rechte auch Hauskinder für sich selbst erwerben[8]). Doch sollen damit noch einige besondere Erörterungen in Verbindung gesetzt werden, wenngleich ihr Gegenstand nur zum Theil dem practischen Rechte angehört.

1) Wenn ein Unfreier, den aber der Testirer für einen freien Menschen hielt, eingesetzt und ihm auf den Fall, daß er nicht Erbe werden würde (**si heres non erit**) substituirt ward, so sollte der Substitut mit dem Herrn

6) Vrgl. v. Buchholz in der Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß. Bd. X. S. 443 fg. — Die übrigens von diesem Schriftsteller hier eigentlich abgehandelte Frage: ob der Substitut dem Erben vorgehe, wenn dieser die Deliberationsfrist ohne Erklärung verfließen läßt, oder ob nicht vielmehr der Erbe nach dem Justinianischem Rechte alsdann ohne Weiteres als Erbe gelte? ist an diesem Orte noch nicht zu erörtern, sondern erst unten bei dem Titel *de jure deliberandi*.

7) L. 5. C. *h. t.* — L. 7. D. *de acq. her.*

8) S. hierüber Bd. 39. d. Comment. §. 1437. S. 211—241.

des eingesetzten Erben theilen[9]). Pomponius gründet dies Recht auf eine Entscheidung des Kaisers Tiber, den freilich die Sache selbst angieng, da sein Sclave Parthenius, den der Testirer für frei hielt, der eingesetzte Erbe war[10]). Julianus führt noch einen anderen Grund an[11]), der aber eigentlich nur beweisen kann, weshalb hier der Substitut nicht ausgeschlossen wurde, keineswegs aber die Folgerung rechtfertigt, daß der Herr des Sclaven auf einen Theil Anspruch machen dürfe: „Nam qui scit, aliquem servum esse, et eum heredem scribit, et ita substituit: *si Stichus heres non erit, Sempronius heres esto*, intelligitur tale quid dicere: si Stichus neque ipse heres erit, neque alium fecerit. At qui eum, quem liberum putat esse, heredem scripserit hoc sermone: *si heres non erit*, nihil aliud intelligitur significare, quam si hereditatem vel sibi (non) acquisierit, vel mutata conditione alium heredem non fecerit: quae adjectio ad eos pertinet, qui patresfamilias heredes scripti postea in servitutem deducti fuerint. *Igitur* in hoc casu semisses fient, ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, et sub-

9) L. 40. (von Julianus) und L. 41. (von Pomponius) D. *de heredib. inst.* — §. 4. J. *de vulg. subst.*

10) L. 41. cit. „Et hoc Tiberius Caesar constituit in persona Parthenii, qui tamquam ingenuus heres scriptus adierat hereditatem, quum esset Caesaris servus; nam divisa hereditas est inter Tiberium et eum, qui Parthenio substitutus erat.“

11) In der Institutionen-Stelle, die aus beiden Pandekten-stellen zusammengesetzt ist, finden sich auch beide Gründe angeführt.

stitutum aequis portionibus dividatur"[12]). Julian will also sagen, daß dieser Fall nicht so entschieden werden dürfe, wie wenn ein freier Mensch eingesetzt sey, welcher später Sclave werde. Bei jeder Erbeinsetzung müsse der Testirer immer die Möglichkeit vor Augen haben, daß der persönliche Zustand des Erben sich durch capitis deminutio ändern könne, und darum lasse sich die Einsetzung stets so auslegen: wenn der eingesetzte Erbe weder selbst Erbe werde, noch einem Anderen die Erbschaft erwerbe. Habe nun der Testirer sich den Erben als einen freien Menschen gedacht, so schließe die Disposition allerdings den Fall mit ein, wenn derselbe vor dem Anfall der Erbschaft aufhöre frey zu seyn, nicht aber dürfe die Verfügung auch auf den Fall bezogen werden, wenn der bei der Einsetzung vorausgesetzte Zustand des Erben überall nicht vorhanden sey. Hieran knüpft der Jurist dann die Folgerung, daß der Substitut nicht ganz ausgeschlossen werde, wie der Fall seyn würde, wenn der Testirer über den status des Erben nicht geirrt hätte, späterhin aber derselbe sich änderte[13]); indessen erhellt daraus keineswegs, warum denn nicht der Substitut den Herrn des Eingesetzten ganz ausschließe? Dies nun zu erklären, schlagen die Neueren verschiedene Wege ein. Einige finden darin eine Anwendung des oben dargestell-

12) Wohl wenige Stellen haben die Ausleger so beschäftigt, wie diese. M. s. die Note von SCHULTING u. SCHMALLENBERG ad L. 40. D. *de hered. inst.* T. V. p. 59 sq.

13) Von allen Interpreten giebt THEOPHILUS in paraphr. ad §. 4. J. *de vulg. subst.* am deutlichsten den wahren Zusammenhang der Argumentation Julians wieder, indem er dabei den Zweifel hervorhebt, wenn auch nicht löst, weshalb denn nicht der Substitut das Ganze erhalte?

ten-Rechts der cretio imperfecta, wonach die pro herede gestio eine Theilung der Erbschaft zwischen dem institutus und dem substitutus zur Folge habe [14]). Indessen auch abgesehen davon, daß hierbei wenigstens die Compilatoren der Vorwurf treffen würde, einen an sich nicht mehr anwendbaren Begriff practische Geltung zugestanden zu haben [15]), so ist es doch kaum möglich einen irgend erträglichen Zusammenhang zwischen dem Rechte der cretio imperfecta und dem von Julian vorgetragenen Fall aufzufinden [16]). Offenbar verdient daher folgende Ansicht den Vorzug. — Da nach der zu vermuthenden Absicht des Testirers die Disposition allemal gilt, wenn der eingesetzte Erbe durch irgend eine capitis deminutio aufhört sui juris zu seyn, so bleibt es wenigstens zweifelhaft, ob er den Menschen nicht auch alsdann eingesetzt haben würde, wenn ihm dessen unfreier Zustand bekannt gewesen wäre. Darum soll hier, wie auch in

14) So Cujacius in not. ad Inst. h. l. *Edm.* Merillius Variant. ex Cujacio Lib. I. c. 36. Lib. III. c. 4. und observat. Lib. IV. cap. 34. *Jac.* Gothofredus in animadv. jur. civil. cap. 16. (Otto thes. T. III. p. 310 sq.) v. Löhr Parthenius, in s. u. Grolman's Magaz. Bd. III. Abh. V. S. 139 fg.

15) Dies gesteht auch v. Löhr ein, a. a. O. S. 143.

16) Alles was die oben (Note 14) citirten Schriftsteller dafür anzuführen vermögen, besteht darin: daß ja auch hier die Erbschaftsantretung nicht in der Art erfolge, wie der Testirer es sich gedacht habe. Das Unzulängliche dieses Erklärungsgrundes giebt v. Löhr auch selbst zu, in den Bem. zur Inhaltsangabe S. XIII fg. — Vrgl. auch *Os.* Aurelius de variant. Cujacii interpr. Disp. XXXVII. (Otto thes. T. III. p. 783.)

anderen zweifelhaften Fällen bei theilbaren Rechtsobjecten bisweilen angenommen ist [17]), eine Theilung eintreten. Mag man immerhin eine solche Entscheidung mit Accursius ein *judicium rusticorum* nennen [18]), oder mit Anderen ein Schnitterurtheil [19]); genug, man konnte sich dafür auf eine kaiserliche Autorität berufen, und dies hielte man ja auch in anderen Fällen, wobei die Absicht des Disponenten zweifelhaft blieb [20]), für genügend [21]). Julian versucht auch nicht etwa eine Rechtfertigung der kaiserlichen Entscheidung aus juristischen Gründen, sondern seine Deduction bezweckt nur, auf die Zweifel aufmerksam zu machen, welche bei einem Falle dieser Art über die Absicht des Testirers nothwendig entstehen müssen, und insofern erscheint denn sein Igitur u. s. w. einigermaßen erklärt.

Eine eigenthümliche Schwierigkeit für die Erklärung dieser Stelle entsteht aber auch noch durch den Schlußsatz,

17) Vrgl. Cujacii observ. Lib. 17. c. 21.

18) Gl. Acc. *videantur* ad L. 34. D. *de negot. gest.*

19) Höpfner Comment. zu den Instit. §. 503. Note 1. — Freher verisimil. Lib. I. c. 7. nennt es gar ein anile pidicium.

20) S. z. B. L. 28. D. *de inoff. test.* (V. 2.) L. 29. D. *de hered. inst.* (XXVIII. 5.)

21) *Fr.* Duarenus in comment. ad. ad tit. de vulg. et pup. subst. c. X. (opp. p. 382 sq.) *Fr.* Connanus comment. jur. civ. Lib. X. c. 7. Nr. 5. *H.* Donnellus in comment. jur. civ. Lib. VI. c. 24. §. 16. *Ev.* Otto ad §. 4. J. de vulg. subst. Nr. 1. Pothier Pand. Justin. ad h. t. Nr. XIX. not. 2. — Eine eigenthümliche Erklärung hat noch *Jo.* Doviatius ad Theophili paraphr. h. l. S. dagegen Otto l. l.

indem hiernach die eine Hälfte Einem ganz gehören, und nur die andere zwischen dem Substituten und dem Herrn des eingesetzten Erben getheilt werden soll. Daß die Worte, wie sie uns in der Florentina überliefert sind, von einer gleichen Theilung des Ganzen verstanden werden können, ist aus grammatischen Gründen schwerlich zu rechtfertigen [22]. Eher wird man die Emendation von Cujacius gelten lassen können, welcher glaubt, daß die Worte *alter semis* aus **AS** entstanden seyen, indem man dies Wort fälschlich für die Sigle A. S. gehalten und in *alter semis* aufgelöst habe [23]; eine Conjectur, welche bei Manchem Beifall gefunden hat [24], und jeden-

22) Behauptet wird dies insonderheit von Viglius Zuichem in comment. ad §. 4. J. *de vulg. subst.*, welcher glaubt, daß alter hier die Bedeutung von uterque haben könne, und Bynkershoek obs. jur. Rom. Lib. IV. c. 19., welcher der Meinung ist, daß Julian sich nur undeutlich ausgedrückt habe. Auf ähnliche Art äußerte sich schon Connanus l. l. Nr. 5. Aber ohne eine Interpretation gegen die Worte ist es nicht möglich, den Satz anders zu verstehen, als daß die eine Hälfte zu gleichen Theilen vertheilt werden solle. — Vergleiche auch die Note 9 von Smallenburg ad h. l.

23) Cujacii observat. Lib. XVII. c. 21. in f.

24) *A.* Contius in not. ad §. ult. J. *de vulg. subst.* Schulting not. 92. in f. ad Ulp. Fragm. Tit. XXII. §. 34. Voet comment. ad Pand. h. t. §. 7. Hunger in d. deutsch. Uebers. des corp. jur. Bd. III. S. 64. Note 121. — *Ulr.* Huber ad tit. Inst. de vulg. subst. Nr. 2. urtheilt über diese Conjectur: „sensu quidem optimo, sed audacius." — Geradezu dagegen erklären sich Merilius variant. ex Cujac. III. c. 4. *Jac.* Gothofredus in animadv. cap. 16. (bei Otto

falls der von Crusius vorzuziehen ist, wonach gelesen werden soll: ita ut alter sem. (i. e. Sempronii sc. sit). As inter eum — — — dividatur[25]). Geradezu für verfehlt darf man auch den versuchten Beweis erklären, es habe mit Nothwendigkeit so getheilt werden müssen, daß auf den Substituten nur ein Viertheil komme[26]). Heineccius meint, die Worte Igitur in *hoc casu* seyen auf den zuletzt erwähnten Fall zu beziehen, wenn nämlich der Testirer ein Freier eingesetzt sey, nachher aber Sclave werde; daß also in diesem Falle der Herr des eingesetzten allein die Hälfte erhalten und die andere Hälfte mit dem Substituten theilen soll[27]). Durch diese Interpretation wird aber ein allen Rechtsprinzipien widerstreitendes Resultat zu Tage gefördert; hatte der Testirer über den status des Eingesetzten nicht geirrt, so mußte ja stets die Rechtsregel zur Anwendung kommen: der Nacherbe werde ganz ausgeschlossen, wenn der Vor-

thes. III. p. 307. in f.) *Jan. a* Costa ad §. 4. J. de vulg. subst. Marcilius ad eund. loc. *Jo.* Sterrius vindic. leg. anticrit. c. 16. (bei Otto thes. T. I. B. p. 536.) Bynkershoek l. l. u. A.

25) *Ge. Conr.* Crusius diatr. de restitutione cap. 40. D. *de heredib. inst.* (Otto thes. T. I. B. p. 667 sq.) S. dagegen Otto ad inst. l. l. Nr. 3. β.

26) *Henr. a* Suerin repetitar. lection. jur. civ. c. 37. Otto thes. T. IV. p. 60 sq.) — Auf ähnliche Art erklärt *Chr.* Thomasius in nov. addit. ad Huberi prael. in instit. tit. de vulg. subst. Nr. 2.

27) Heineccii addit. ad Vinn. h. l. — Gebilligt wird diese Meinung von *Jo. Gottfr.* Sammet lection. jur. civ. c. 15. (opusc. p. 153.) — Dem Resultate nach vertheidigt dieselbe auch Marcilius ad h. l. Inst.

erbe sich oder einem Anderen die Erbschaft erwerbe. Am leichtesten würde sich dieser Theil der Entscheidung durch die Annahme erklären, daß der Titius nicht allein, sondern neben einem Anderen nur zur Hälfte eingesetzt sey; ja nach Alciati soll eine alte Handschrift lesen: — „eique si haeres non esset, *Sempronium coheredem* substituerit“ 28). Indessen passen dazu wieder die Worte nicht: „*potest dici*, Sempronium in partem *hereditatis* admitti,“ indem ja außer Zweifel war, daß er als Miterbe $1/2$ in Anspruch nehmen durfte, der dem Titius zugewandte Erbtheil aber nicht unter der *pars hereditatis* verstanden werden kann 29). Man muß sich daher wohl mit der Voraussetzung begnügen, daß der in dem Schlußsatze enthaltenen Bestimmung über den Theilungsmodus entweder ein Versehen, oder eine in der Stelle nicht erwähnte factische Besonderheit zu Grunde liege; der Rechtssatz selbst ist deutlich genug in der Institutionenstelle, so wie in der L. 41. D. *h. t.* ausgedrückt, darnach aber erhielte in Fällen dieser Art der Substitut die Hälfte dessen, was dem Instituten zugewandt war 30).

28) *Andr.* Alciati dispunct. Lib. I. c. 2. — Gebilligt wird diese Lesart unter Anderen von Duarenus l. l. p. 383. und *H.* Donellus l. l. §. 18.

29) Vrgl. *Jac.* Gothofredi animadv. c. 15. in f. (Otto T. III. p. 306.) Stek l. l. cap. 15. (Otto T. I. B. p. 535.) Crusius l. l. c. 6. (Otto T. I. p. 672.)

30) S. auch noch Vinnius ad §. 4. J. cit. Nr. 3. Otto in praefat. ad thes. jur. Rom. T. V. p. 30 sq. et in f. notar. ad §. 4. J. cit. Pothier Pand. Justin. ad h. t. Nr. XIX. not. 1. — *J. L. E.* Puettmann (Probabil. Lib. I. c. 16. p. 115 sq.) glaubt, wie Heineccius, daß Julian bei den Worten Igitur in hoc

Daß übrigens die von Julian in der L. 41. cit. vorgetragenen Rechtssätze nicht zur Anwendung kommen, wenn sich ergiebt, daß der Testirer das Resultat, zu welchem sie führen, nicht gewollt habe, versteht sich von selbst. Erklärt er daher, er wolle, daß der eingesetzte Erbe sich selber, nicht einem Dritten, die Erbschaft erwerbe, so wird nunmehr, wenn der Erbe seine Freiheit einbüßt, der Substitutionsfall eintreten. Eben so wird es denn auch Gegenstand einer quaestio voluntatis seyn, ob ein Irrthum des Testirers über den status eine Theilung der Erbschaft zwischen dem Substituten und dem Herrn des Vorerben zur Folge habe, oder ob nicht der Eine dem Anderen ganz ausschließe. So entschied Kaiser Alexander Sever in einem Falle, wo ein Soldat einen ihm mit seinem Bruder gemeinschaftlich zugehörigen Sclaven zum Erben einsetzte und ihm einen Substituten ernannte[31]). Westphal findet hierin einen Widerspruch mit der in den Pandekten und den Institutionen sich findenden Entscheidung, und meint, daß die Compilatoren bei der Redaction der letzteren es vergessen gehabt, daß das hier aufgenommene Recht durch eine spätere Constitution abgeändert sey[32]). Indessen von der Absicht, das

casu u. s. w. nicht mehr den im Eingange vorgetragenen Fall vor Augen gehabt, sondern den unmittelbar voraufgegangenen Satz, und construirt sich daher den seiner Meinung nach entschiedenen Fall so: es seyen Zweie eingesetzt, beide später servi geworden, dem Einen aber habe der Testirer den Sempronius substituirt. Gegen diese Interpretation gilt das Nämliche, was oben über die Heineccische gesagt wurde.

31) L. 3. C. *de heredib. instit.* (VI. 24.)

32) Westphal Theorie d. röm. Rechts von Test. u. s. w. §. 639.

vorhandene Recht ändern zu wollen, findet sich in der Constitution nicht die geringste Spur, vielmehr deutet Alles darauf hin, daß die Entscheidung von dem, was sich als die eigentliche Absicht des Testirers ergeben würde, abhängig gemacht sey. Glaubte derselbe wirklich (entscheidet der Kaiser), daß der Erbe sein Freigelassener sey und hat er außerdem zu erkennen gegeben, dieser solle sich selbst die Erbschaft erwerben („nec per eum ad alium quemquam hereditatem pertinere voluit"), so tritt der Substitutionsfall ein. Bezeichnete er aber den Menschen nur als seinen Freigelassenen (etwa weil er diese Erklärung für genügend hielt, um ihm die Freiheit zuzuwenden), ohne im Uebrigen durch den Ausdruck (oder die Bedingung) der Substitution das gesetzliche Recht abzuändern [33]), so erwirbt der Miteigenthümer die Erbschaft durch den Sclaven, folglich wird der Substitut ganz ausgeschlossen [34]).

33) So verstehe ich die Worte: „quodsi verba substitutionis ad jus retulit" u. s. w. Vor Justinian erwarb der Miteigenthümer des Sclaven, welchem der andere Herr die Freiheit gegeben hatte, dadurch das volle Eigenthum desselben. Dies hat nun zwar Justinian aufgehoben, nicht aber auch das Recht des socius, die Erbschaft seines socius durch den gemeinschaftlichen Sclaven zu erwerben, wenn dieser ohne Freiheitsertheilung eingesetzt ist; (s. über dies ganze Verhältniß Bd. 39. d. Comment. §. 1437. S. 200 — 210.) Für eine Einsetzung cum libertate kann aber die hier erwähnte gewiß nicht gehalten werden, gesetzt auch, der Testirer wollte dies durch die von ihm gewählte Form der Einsetzung ausdrücken.

34) Vgl. DUARENUS ad tit. Dig. de vulg. et sing. subst. l. I. p. 583. CONNANUS comment. jur. civ. Lib. X. c. 7. Nr. 4. CUJACIUS obs. Lib. XVII. c. 21. VINNIUS ad §. 4. in f. D. de vulg. subst.

2) Früher erwarb der Haussohn, gleich einem Sclaven, dem Vater die Erbschaft, und selbst die von seiner Seite erfolgte Ausschlagung der Erbschaft war dem Vater unnachtheilig [35]). Nach dem neuesten Rechte erwirbt das Hauskind auch Erbschaften sich selber, doch kann der Vater Statt seiner erwerben, wenn Jener sie nicht haben will [36]), so daß also der in die Pandekten aufgenommene Satz: **filiusfamilias repudiando sine patre non nocet patri** (Note 35) auch noch für das practische Recht Bedeutung hat. Indessen fragt es sich, wenn dem zum Erben eingesetzten Hauskinde ein Substitut ernannt ist, ob alsdann, im Fall der Sohn die Erbschaft ausschlägt, der Substitut dem Vater vorgehe, oder nicht? Für den Vater scheint die obige Regel (die Repudiation des Sohnes schade dem Rechte des Vaters nicht) zu sprechen, weshalb denn auch Manche dem Vater den Vorzug einräumen [37]). Jedoch sprechen die überwiegenden Gründe für die entgegengesetzte Meinung. Daß auch noch, nachdem das directe Erwerbsrecht des Vaters durch das Hauskind aufgehoben war, der Vater für sich erwerben konnte, ist offenbar ein singuläres Recht, mithin strict zu inter-

35) L. 13. §. 4. D. *de aeq. her.*

36) L. 8. pr. §. 1. 2. C. *de bon. quae lib.* (VI. 61.) — Vrgl. Bd. 39. d. Comment. S. 231 fg.

37) z. B. Duarenus ad h. t. c. 10. p. 583 und Merenda controvers. jur. Lib. IV. c. 8. — Es wird sogar bezeugt, daß dies früher die gemeine Meinung gewesen sey; s. *Mich. Godofr.* Wernher lectiss. comment. ad h. t. §. 9. und die daselbst angef. Schr. Von den Neueren erklären sich unter Anderen dafür v. Wening Lehrb. §. 463. Not. n. und Schweppe (oder Meier) röm. Privatr. §. 811. S. 105. Note 6.

pretiren, am wenigsten aber gegen die wahrscheinliche Willensmeinung des Testirers anzuwenden. Wenn nun einem Hauskinde auf den Fall, daß er nicht Erbe werden könnte oder wollte, substituirt wird, so ist doch gewiß als wahrscheinlich anzunehmen, der Testirer wolle den Substituten dem Vater vorziehen, oder die Substitution eintreten lassen, wenn der Sohn die Erbschaft sich selber nicht erwirbt. Die Rechtsregel: der Substitut trete nur ein, wenn der Vorerbe weder sich noch einem Anderen erwerbe, wird in der Compilation nur noch auf Sclaven angewandt [38]), weil sie für eingesetzte Hauskinder keine Anwendung mehr finden konnte, seitdem diese stets sich selber erwarben [39]).

3) Die Einsetzung eines Unfähigen gilt pro non scripta [40]), wenn also der Vorerbe unfähig ist, so fängt die wirksame Institution erst mit dem zweiten, oder dem Substitutionsgrade an [41]). Wie aber, wenn der Vorerbe fähig ist, allein wegen Indignität eine Ereption durch den Fiscus erfolgen kann? Man sollte denken, daß auch hier dem, gewiß für den Substituten sprechenden, wahrscheinlichen Willen des Testirers nachgegangen werden müsse, und daß es dem Erblasser eben so gut freigestan-

38) L. 40. D. *de hered. inst.* L. 3. C. *eod.*

39) *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. 6. c. 24. §. 25—27. Vinnius ad §. 4. J. cit. Nr. 1. Struve synt. jur. civ. Exerc. XXXIII. §. 14.

40) L. 1. C. *de heredib. inst.*

41) Gerade wie in dem Fall, wenn eine Enterbung nur in Beziehung auf den zweiten, nicht auch in Beziehung auf den ersten Grad ausgesprochen ist; L. 3. §. 6. D. *de lib. et postum.* S. Bd. 36. d. Comment. S. 436 fg.

den habe, durch Ernennung von Nacherben das Exceptionsrecht, als die Caduzität auszuschließen. Indessen wird nicht nur entschieden ausgesprochen, daß, wenngleich die Erbeinsetzung nicht bestehen könne, doch der Fiscus allen denen vorgehe, welche sonst bei wegfallender Erbeinsetzung eintreten [42]), sondern es heißt auch geradezu in Beziehung auf einen Indignitätsfall, der Fiscus werde durch den Substituten nicht ausgeschlossen, selbst wenn dieser das vorgenommen habe, wegen dessen Unterlassung der Vorerbe als indignus erscheine [43]). Die gemeine Meinung hat sich auch von jeher für den Vorzug des Fiscus erklärt [44]).

4) In gewissen Fällen kann der Substitut noch eintreten, nachdem der Vorerbe die Erbschaft bereits erworben hatte; nämlich a) wenn dieser suus heres ist und abstinirt. Der suus heres verliert diese Eigenschaft keinesweges dadurch, daß ihm substituirt wird, wie wir oben gesehen haben, mithin ist er jedenfalls durch seine Existenz beim Tode des Vaters Erbe geworden. Wenn nun gleich einzelne im väterlichen Testamente enthaltene Verfügungen ungeachtet der Abstention aufrecht erhalten werden [45]), so kommt doch im Ganzen die Sache dadurch in die Lage, wie wenn nie ein Erbe existirt hätte [46]). Hiernach hat denn

42) L. 12. D. *de his, quae ut indignis aufer.* (XXXIV. 9.)

43) L. 15. pr. D. *de Scto Silan.* (XXIX. 5.) — „nam poena illius (heredis instituti) hujus (her. substituti) praemium esse non debet.“

44) Duarenus l. l. p. 379. Vinnius ad §. 4. J. *de vulg. subst.* Nr. 2.

45) S. z. B. L. 41. L. 42. pr. D. *acquir. hered.*, L. 30. §. 10. D. *de fideic. lib.* (XL. 5.)

46) L. 12. D. *de interrog. in jure fac.* (XI. 1.) —

die vom Vater etwa mit den Worten angeordnete Substitution: sollte mein Sohn nicht Erbe werden u. s. w., stets den Sinn: sollte er sich von der Erbschaft lossagen[47]. — b) Ein Gleiches muß angenommen werden, wenn ein Erbe, welcher durch Antretung die Erbschaft erworben hat, sich dagegen restituiren läßt, nicht nur weil ebenfalls als Regel anerkannt ist, daß durch Restitution der frühere Stand der Dinge, soweit dies nöthig und möglich ist, wieder herbeigeführt werde[48], sondern auch weil die juristische Consequenz es erfordert, für die Restitution hier Wirkungen eintreten zu lassen, wie für das beneficium abstinendi Stelle von Ulpian[50]. Indessen fehlt es auch keineswegs an scheinbaren Gegenargumenten, und so ist denn von jeher viel über die Frage gestritten, wenngleich selbst von den Gegnern zugegeben wird, daß die gemeine Meinung sich zu Gunsten des Substituten erkläre[49]). Besonders beruft man sich auf eine Stelle von Ulpian[50]), worin ganz klar (aus-

„hunc, qui abstinet, Praetor non habet heredis loco." — Vrgl. auch L. 87. §. 1. D. *de acq. her.* L. ult. D. *de dot. collat.* (XXXVII. 7.) — Nur in Beziehung auf die Erhaltung gewisser begünstigter Verfügungen (wie Pupillarsubstitutionen und Freiheitsertheilungen) heißt es: „non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se;" L. 30. §. 10. D. *de fid. lib.* — Averanii interpr. jur. Lib. I. c. 9. §. 34. 35. — S. auch oben S. 336. Nr. b.

47) *H.* Donellus in comment. jur. civ. Lib. VI. c. 24. §. 11 u. 19. Vinnii select. jur. quaest. Lib. II. c. 23.

48) Arg. L. 24. §. 4. D. *de minorib.* (IV. 4.)

49) Vinnius sel. jur. quaest. Lib. I. c. 14. p. 88.

50) L. 7. §. 10. D. *de minorib.*

gesprochen werde, daß der Substitut lediglich in dem Falle an die Stelle des Erben, welcher sich gegen den Erwerb hat restituiren lassen, treten könne, wenn die Erbschaft insolvent ist [51]). Indessen sind die Voraussetzungen dieser Entscheidung von der Art, daß hierauf eine allgemeine Regel schlechterdings nicht gegründet werden kann. Ein minor war zum Erben eingesetzt und ihm der Sclave des Erblassers substituirt. Dieser als necessarius heres wird ipso jure frei und Erbe [52]), was aber voraussetzt, daß er unmittelbar dem Erblasser succedirt; mithin erforderte es die Consequenz, daß er weder die Freiheit noch die Erbschaft erhielte, wenn der Vorerbe Erbe geworden war, dieser mochte es bleiben oder nicht [53]). Nur wenn die Erbschaft insolvent war, so entschied die nämliche Rücksicht, welche die Einsetzung der eigenen Sclaven begünstigte [54]), dafür, auch jetzt noch den substituirten Scla-

51) Vrgl. Duarenus ad h. t. p. m. 381. Cujacius comment. ad L. 7. §. 10. D. *de minorib.* Vinnius sel. jur. qu. Lib. I. c. 14.

52) §. 1. J. *de hered. qual. et differ.* §. 1. J. *de heredib. inst.*

53) Ulpian mengt hier, auf nicht sehr deutliche Art, auch die Frage ein: wie die Sache sich gestalte, wenn der zum Erben eingesetzte Minor repudiirt habe, gegen die Repudiation aber wieder restituirt worden sey? Die Entscheidung geht dahin: daß alsdann der substituirte Sclave frei und Erbe geworden sey und daher auch frei bleibe, wenngleich das Erbrecht mittelst utiles actiones auf den restituirten minor wieder übertragen werde. S. Cujacius ad h. l. in f. —

54) §. 1. J. *de hered. qual. et diff.* — „Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum

ven als Erben eintreten zu lassen[55]). Dies alles paßt nicht auf einen extraneus substitutus. Es berufen sich die Gegner ferner auf eine Stelle, nach welcher, wenn ein Intestaterbe die Bonorum possessio agnoscirt hatte, sich aber als minor dagegen restituiren ließ, das successorium edictum nicht Statt hatte, d. h. nicht der folgende Intestaterbe eintrat, sondern die Erbschaft an den Fiscus fiel[56]). Indessen gilt von dem Recht der Intestaterbfolge durchaus kein Schluß auf den Fall, wenn Jemand nach dem Willen des Testirers an die Stelle des wegfallenden Vorerben eintreten soll[57]). Wenn man endlich [illegible] solche Stellen anführt, welche nur sagen, daß der Substitut durch den Antritt der Erbschaft von Seiten des Vorerben ausgeschlossen werde[58]), so wird dadurch nur erwiesen, was Niemand läugnet, daß nämlich der Vorerbe dem Substituten vorgehe[59]). Stellen, die unsere

suum primo, aut secundo, aut etiam ulteriore gradu heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus heredis bona, quam ipsius testatoris, a creditoribus possideantur."

55) *A.* Faber conject. Lib. III. c. 4. p. m. 54. B. Papillonius de dir. hered. subst. c. IX. in f. (Otto thes. T. IV. p. 715.)

56) L. 2. D. *de succ. edicto.* (XXXVIII. 9.)

57) *Ant.* Goveanus variar. lection. Lib. II. c. 13. (den Vinnius mit Unrecht als Vertheidiger der hier angefochtenen Meinung anführt), *Ant.* Faber l. l. — Papillonius l. l. p. 716, will das Argument der Gegner darum nicht gelten lassen, weil dies Recht des Fiscus ein singulares, und darum nicht auszudehnen sey.

58) L. 5. C. *h. t.* — Selbst Ulrich Huber beruft sich hierauf, in den praelect. ad h. t. §. 6.

59) Crell Diss. utrum herede instituto intra temp.

Meinung direct beweisen, giebt es zwar ebenfalls nicht[60]; doch darf hier wohl die Beseitigung der Gegenargumente schon für genügend gehalten werden. Daß die in integrum restitutio binnen bestimmter Frist beim Prätor nachgesucht werden mußte, die Abstention dagegen weder an Formen noch an Fristen gebunden war, ist der einzige in unseren Rechtsquellen anerkannte Unterschied zwischen beiden[61]. Im Uebrigen war beides ein rechtserlaubtes Lossagen von einer bereits erworbenen Erbschaft, die Lossagung durch Restitution wird daher auch als ein abstinere se hereditate per in integrum restitutionem bezeichnet[62], und wie wenig Gewicht man hier überhaupt auf eine genaue Unterscheidung des Ausdrucks legte, beweis't eine Stelle von Gajus, worin er die Befugniß eines minderjährigen suus heres, der väterlichen Erbschaft auch noch nach erfolgter Einmischung zu entsagen (was nur durch integri restitutio möglich war), bald abstinendi facultas nennt, bald aus einem Rechte auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ableitet[63]. Hiedurch dürfte denn wohl das Recht des Substituten, an die Stelle

delib. mortuo substitutus admittatur (Crellian Diss. Fasc. III. p. 531.)

60) Denn diejenigen, worauf man sich beruft, sprechen entweder nur von der Pupillarsubstitution (wie L. 2. §. 3. D. *h. t.* und L. 44. D. *de re jud.* XLII. 1.), oder von dem jus accrescendi der Miterben (wie L. 61. D. *de acq. her.*), oder sie enthalten nichts, wie den Satz, daß ein minor gegen die angetretene Erbschaft restituirt werden könne (wie L. 7. §. 5. D. *de min.*)

61) L. 12. D. *de leg. acq. her.*

62) L. 2. §. 10. D. *ad Sct. Tertull.* (XXXVIII. 17.)

63) L. 57. pr. und §. 1. *de acq. her.*

des gegen die Antretung restituirten Vorerben einzutreten, hinreichend gerechtfertigt erscheinen[64]). — c) Nach einer durchaus singulären Rechtsbestimmung Justinians kann der Substitut auch eintreten, wenn der Erbe binnen einem Jahre von der gerichtlichen Mahnung angerechnet die testamentarischen Auflagen nicht erfüllt[65]). Da hiervon indessen bereits an einem anderen Orte dieses Commentars (Bd. 39. S. 54 fg.) ausführlich gehandelt ist, so wird darauf verwiesen werden dürfen.

Uebrigens erfordert die Consequenz anzunehmen, daß der Substitut durch eine wider die ausgeschlagene Erbschaft [illegible] Vorerben ertheilte Restitution ebenfalls wieder verdrängt werde[66]), was zum Ueberfluß auch in der oben erklärten, vom servus necessarius handelnden Stelle ausdrücklich anerkannt ist[67]).

5) Wenn der Vorerbe sein Recht aus dem Testamente zu erben aufgiebt, so tritt stets der Substitut ein, gesetzt auch, jener wollte nicht eigentlich auf sein Erbrecht verzichten, sondern dasselbe als Intestaterbe haben[68]).

B) Aus solchen Gründen, welche die Person des Nacherben selbst betreffen, erlischt die Substitution, wenn

64) Vertheidiger dieser Ansicht sind, außer den bereits angeführten Schriftstellern (Goveanus, *Ant.* Faber, Papillonius u. Crell): *H.* Donellus comment. Lib. VI. c. 24. §. 19. *Ant.* Merenda controv. jur. civ. L. IV. c. 19. Struve synt. jur. civ. Exerc. XXXIII. Th. 17. Voet ad Pand. h. t. §. 14.

65) Nov. 1.

66) Papillonius l. l. p. 716.

67) L. 7. §. 10. D. *de minorib.* S. oben die Note 53.

68) L. 3 C. *h. t.*

derselbe vor dem Eintritt des Substitutionsfalls stirbt oder sonst seine Erbfähigkeit verliert, — also vor dem Testirer, oder zu einer Zeit, wo es noch ungewiß ist, ob nicht der Vorerbe die Erbschaft erwerben könne, z. B. während dieser deliberirt[69]. Der aus juristischen Gründen eintretende Verlust der Erbfähigkeit ist indessen unschädlich, wenn der Nacherbe beim Eintritt des Substitutionsfalls die Fähigkeit wieder erlangt hat[70]. — Daß auch der Substitut auf sein Recht giltig verzichten kann, versteht sich von selbst, nur ist ein substituirter Miterbe des Vorerben hierbei an gewisse Beschränkungen gebunden[71], wovon bereits oben (S. 322 fg.) ausführlicher gehandelt ist. Außerdem versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß eine Ausschlagung vor dem Eintritt des Substitutionsfalls wirkungslos ist: „**Substitutus — — si ante repudiet, quam heres institutus decernat hereditate, nihil velebit repudiatio**[72].

Sind übrigens mehrere Substitutionsgrade angeordnet, so tritt der folgende stets ein, wenn weder der Institutus noch der ihm vorgehende Substitut die Erbschaft erwirbt, wobei es denn ganz gleichgiltig ist, ob der erste Substitut den Eintritt des Substitutionsfalls erlebt oder nicht, m. a. W. ob er mit Tode abgeht, ehe noch der Vorerbe weggefallen war, oder erst nach demselben[73];

69) L. 45. §. 1. *h. t.* L. 9. inf. D. *de suis et legitim.* (XXXVIII. 16.) — Höpfner Comment. §. 502. Nr. 5.

70) Arg. L. 6. §. 2. L. 49. §. 1. D. *de hered. inst.*

71) Vergl. L. 35. pr. L. 76. §. 1. D. *de acq. her.*

72) L. 13. §. 2. D. *eod.* — Vrgl. L. 13. pr. *eod.* u. L. 174. D. *de reg. jur.*

73) L. 27. L. 41. pr. D. *h. t.* §. 3. J. *de vulg. subst.* L. 69. D. *de acq. her.*

woraus denn die Neueren die Regel gebildet haben: substitutus substituto etiam est substitutus instituto [74]. An und für sich versteht sich dieser Satz, wenigstens für die Vulgarsubstitution, so durchaus von selbst, daß man kaum begreifen würde, wie die römischen Juristen hierüber noch hätten ein Wort verlieren mögen, wenn sich nicht practisch wichtige Resultate daran knüpfen ließen, für die Fälle nämlich, wo der erste Substitut auch primo gradu instituirt, also Miterbe und Substitut zugleich ist. Der einfachste Fall ist hier der, wenn nur zwei zu Erben eingesetzt, der eine dem Anderen substituirt, diesem aber wieder ein Dritter als Nacherbe gegeben ist; z. B. A. und B. sollen meine Erben seyn, dem A. substituire ich den B. diesem aber den Z. Doch würde das nämliche Resultat, worauf die obige Regel führt, hier auch schon durch das gesetzliche Anwachsungsrecht begründet seyn. Wenn nämlich B. zuerst wegfällt, folglich Z. an dessen Stelle tritt, und hinterher A. vor dem Erwerbe der Erbschaft stirbt, so erhält Z. dessen Erbtheil von selbst jure accrescendi [75]. Sind jedoch mehrere Miterben des ersten Grades vorhanden, so ergiebt sich eine Verschiedenheit unserer Regel und des Anwachsungsrechts. Z. B. A. B. und C. sind eingesetzt, B. ist dem A. und Z. dem B. substituirt. Nehmen wir nun an, daß von den Vorerben blos C. Erbe geworden ist, so würde auf den Grund des jus accrescendi der Z. nimmermehr zwei Erbtheile (die des A. und B.) erhalten können, sondern durch den Miterben C. beschränkt werden. Nur als Sub-

74) *J. B.* Geiger Diss. de substituto substituti. Erl. 1768; s. auch die in folg. Noten angef. Schr.

75) Vinnius ad §. 3. J. de vulg. subst. Nr. 1.

stitut beider Vorerben (A. und B.) erhält er deren deficirende Theile und schließt das Anwachsungsrecht des C. ganz aus; „verius est, *in utramque partem* Sempronium substitutum esse,“ wie Julian sagt[76]), oder (wie es bei Papinian heißt): ad substitutum — — utraque portio pertinebit, nec intererit, prior substitutus post institutum, an ante decedat“[77]).

Auf Pupillarsubstitutionen wurde aber dieser Grundsatz nicht angewandt; wenn also der Testirer zwei unmündige Kinder hat, das eine derselben dem anderen pupillariter und jenem einen Dritten substituirt, beide Kinder in der Unmündigkeit sterben, das substit[illegible] Kind aber vor dem anderen mit Tode abgeht, so ist die zweite Pupillarsubstitution erloschen[78]). Zwar wollen Manche dies nicht als Regel gelten lassen, sondern die Entscheidung Scävola's aus besonderen Voraussetzungen erklären[79]), oder wohl gar die Aufnahme dieser Entschei-

76) L. 27. D. *h. t.*

77) L. 41. pr. D. *h.* t. Vergl. Höpfner Comment. §. 503. In den Institutionen heißt es (§. 3. h. t.): „divi Severus et Antoninus *sine distinctione* rescripserunt, ad utramque partem substitutum admitti;“ die hervorgehobenen Worte wollen Manche auch so interpretiren, daß dasselbe auch von der Pupillarsubstitution gelte. Indessen ist ja in dem Institutionstitel nur von der Vulgarsubstitution die Rede; jene Worte sagen daher nur: es kommt hier weder auf die Ordnung der Substitutionen an, noch darauf, ob der erste Substitut vor oder nach dem Institutus stirbt. L. 41. pr. cit. Vergl. Marcilius ad h. l. Inst. u. Vinnius l. l. Nr. 2.

78) L. 47. D. *h. t.* (und *Scaevola* Lib. II. responsor.)

79) Vgl. *A.* Faber error. Pragm. Dec. XXXI. Err. 2. p. m. 299. Voet ad Pand. *h. t.* §. 2. Otto ad §. 3. J. *h. t.* v. Löhr im Arch. f. civ. Pr. Bd. IX. S. 115 fg. Nr. IV.

dung, als mit anerkannten allgemeinen Grundsätzen nicht übereinstimmend, einer Nachläßigkeit der Compilatoren zuschreiben[80]). Indessen ist die hier angenommene Verschiedenheit zwischen der Vulgar- und Pupillarsubstitution einleuchtend. Bei jener folgt der obige Grundsatz mit logischer und juristischer Nothwendigkeit daraus, daß der Testirer über eine und zwar über seine eigene Erbschaft verfügt. Wollte man die Regel: **substitutus substituto substitutus instituto** hier nicht gelten lassen, so würde ja in dem Falle, wenn nur zwei Miterben vorhanden sind, der eine dem anderen und jenem wieder eine dritte Person substituirt ist, der substituirte Miterbe aber zuerst stirbt, blos dessen Erbtheil an den Substituten kommen, mithin gegen die Regel: **nemo pro parte testatus** u. s. w. für den Theil des anderen Miterben die Intestaterbfolge eintreten müssen. Die Pupillarverlassenschaft dagegen, wenngleich durch das väterliche Testament deferirt, ist doch an sich eine von der des Vaters verschiedene Erbschaft[81]), und so sind es denn auch die Verlassenschaften mehrerer unmündiger Kinder desselben Vaters. So gut dieser daher nur dem einen Kinde **pupillariter** substituiren, in Beziehung auf das andere es bei der gesetzlichen Erbfolge lassen kann, so verträgt es sich auch vollkommen mit der juristischen Consequenz, daß der Pupillarsubstitut nur dessen Vermögen erbt, dem er ausdrücklich substituirt ist, nicht aber auch dasjenige, was dieser, hätte er länger gelebt, geerbt haben würde, dasselbe vielmehr den Intestaterben des zuletzt verstorbenen Unmündigen anfällt[82]).

80) Vinnius l. l.

81) L. 2. §. 2. D. *de her. vel. art. med.* (XVIII. 4.)

82) S. Cujacius ad Papin. resp. Lib. VI. ad L. 41. pr.

§. 1450.

Insbesondere von der Pupillarsubstitution.
1) Wer kann substituiren und Wem kann substituirt werden?

Vom Begriff und selbst von manchen Einzelnheiten der Pupillarsubstitution mußte in dem bisherigen Abschnitte des Commentars zu diesem Titel bereits gehandelt werden; der folgende beschäftigt sich fast ausschließlich mit derselben, wobei übrigens die völlig verfehlte Anordnung der einzelnen Sätze bei Hellfeld nicht beibehalten werden kann. — Da das Recht zur Pupillarsubstitution ein Ausfluß der väterlichen Gewalt ist, so versteht sich von selbst, daß nur ein väterlicher Ascendent, und zwar nur seinen in der Gewalt befindlichen Descendenten pupillariter substituiren oder einen Erben ernennen darf[83]). Auf das Geschlecht der Kinder kommt nichts an, und eben so wenig darauf, ob das Suitätsverhältniß durch Erzeugung oder durch Ankindung begründet ist[84]), so wie darauf, in wel-

D. *h. t.* (opp. T. IV. p. 1062 sq.) Papillonius de dir. hered. subst. c. VII. Otto T. IV. p. 692. 693. *a* Costa ad inst. h. l.

83) L. 2. pr. D. *h. t.* — „emancipatis non possumus" (testamentum facere). Von der uneigentlich so genannten Pupillarsubstitution (wenn die Mutter oder ein Dritter einen Pupillar unter der Bedingung einsetzt, daß derselbe das Alter der Mündigkeit erreichen werde, und für den Fall, daß dieß nicht geschehen werde, ihm einen Substituten ernannt, (L. 33. pr. D. *h. t.*) ist bereits oben bei §. 1446 die Rede gewesen. Es ist dies eine bedingte Vulgarsubstitution; Marcilius ad §. 4. J. *h. t.* Voet ad Pand. h. t. §. 16.

84) L. 10. §. 6. D. *h. t.*

chem Grade die Descendenten dem testirenden Ascendenten verwandt sind, so daß der Großvater oder Urgroßvater auch seinen Enkeln, Urenkeln u. s. w. einen Erben ernennen kann, vorausgesetzt, daß sie nicht nach dem Tode des Testirers in die Gewalt ihres Vaters fallen [85]). Möglich ist freilich auch in diesem Falle die Substitution; nur ihre Wirksamkeit hängt davon ab, daß der Enkel u. s. w. wenigstens beim Tode seines Großvaters dessen suus heres, d. h. unmittelbar der Gewalt desselben unterworfen ist. Ueberhaupt kann allen und jeden Postumen pupillariter substituirt werden, sie mögen durch ihre spätere Geburt in das Verhältniß der sui heredes treten (gleichviel ob vor oder nach dem Tode des Testirers), oder durch das Wegfallen eines ihnen vorgehenden suus heres (wie in dem eben erwähnten Falle), oder aus welchem sonstigen Grunde dies geschehe [86]). Deshalb ist es denn auch möglich, einem gar nicht zur Familie gehörigen Menschen einen Erben zu ernennen, indem die Substitution durch die nachfolgende Adoption oder Adrogation desselben wirksam wird [87]).

85) L. 2. pr. D. *h. t.* — „nepotibus etiam possumus, et deinceps, *si qui recasuri non sunt in patris potestatem.*“

86) L. 2. pr. D. *h. t.* — „postumis plane possumus.“ — Gaji inst. II. §. 183. §. 4. J. *de pup. subst.* — Ulp. Fragm. XXIII. 7. — S. auch die folg. Note.

87) L. 2. pr. D. *h. t.* — „Sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, arrogaverit, *filio praecedente.*“ — Einige wollen hier lesen *praedecedente* (s. z. B. die Note 3 bei Smallenb. ad h. l. T. V. p. 78.). Allein die Schlußworte enthalten nur den Grund, weshalb hier eigentlich eine Adoption an Enkels Statt erfolgen mußte. S. auch die folg. Note.

Hieraus ergiebt sich denn von selbst die Unmöglichkeit der Ansicht: man könne nur dem Descendenten pupillariter substituiren, welcher bereits zur Zeit der Testamentserrichtung unmittelbar der Gewalt des Testirers unterworfen sey [88].

Enkelkindern, die zur Zeit der Emanzipation oder Adoption ihres Vaters bereits geboren oder wenigstens concipirt waren, kann wirksam substituirt werden, da sie alsdann in der Gewalt ihres Großvaters bleiben [89]; die nachher erst concipirten folgen dem Recht ihres Vaters. Auf

88) Dies nehmen Manche an, besonders wegen Pr. J. *h. t.* u. a. Stellen, worin gesagt wird, man könne nur denen pupillariter substituiren, welche man in väterlicher Gewalt habe. Die Bestimmung, auch den Postumen können substituirt werden, will man von den s. g. postumi Vellejani secundi verstehen (s. hierüber Bd. 36. des Comment. S. 216 fg.), oder von den Enkeln, welche nach dem Wegfallen ihres Vaters an dessen Stelle als sui heredes einrücken; die in der vorigen Note abgedruckten Textesworte aber von einer erst nach der Adoption erfolgten Substitution. So *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VI. c. 25. §. 12. 13. und Vinnius ad pr. J. *h. t.* Nr. 3. 4. Papillonius l. l. pag. 722 sqq. S. dagegen besonders Bachov ad pr. J. *h. t.* Nr. 2. *Ed.* Caldera variar. lection. Lib. I. c. III. (Meerm. thes. T. III. p. 397 sq.) v. Löhr im Arch. f. civ. Pr. Bd. IX. Abh. VII. Nr. III. S. 112 fg. Dieser Schriftsteller erklärt die abweichende Ansicht für die gemeine; das Gegentheil bezeugen aber ausdrücklich alle übrigen vorhin angef. Schr. Von Neueren erklären sich namentlich Schweppe (oder Mejer (für die entgegenstehende Meinung (Bd. V. §. 812. S. 107 fg. in der Note 4.), v. Wening für die hier vertheidigte (§. 464, oder 87).

89) §. 9. J. *quib. mod. jus patr. pot. solv.*

welche Art die Befreiung von der väterlichen Gewalt erfolgt, muß für gleichgiltig gehalten werden, wenn nur das Gewaltverhältniß vollständig aufgehoben wird. Bekanntlich giebt es nun gewisse Fälle, in welchen eine vollständige Befreiung von väterlicher Gewalt eintritt, dem Befreieten aber die Familien- oder Agnationsrechte verbleiben[90]). Da diese Anomalie in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt wird[91]), so wird ohne Grund von Manchen geläugnet, daß man von jenen Befreiungsgründen sagen könne, es werden nur die lästigen Wirkungen der väterlichen Gewalt dadurch aufgehoben, nicht aber auch die vortheilhaften[92]). Eine andere Frage aber ist: ob auch die Suität dem Befreieten verbleibe? Denn ungeachtet mit diesem Begriff zunächst die Vorstellung eines Rechts zu erben verknüpft wird, so verbindet sich doch zugleich damit auch die eines necessarius heres, also einer Verbindlichkeit Erbe zu werden[93]). Indessen ist dabei die Rücksicht auf das Recht des Notherben practisch durchaus vorherrschend, indem es demselben nicht willkührlich entzogen werden darf, wogegen er sich der Verbindlichkeit Erbe zu werden willkührlich entziehen kann[94]). Liegt nun hienach an sich nichts Widersprechendes oder juristisch Unmögliches darin, die Rechte eines suus haben und dennoch vom Vater nicht genöthigt

90) S. mein Lehrb. des Pand.R. Bd. 3. §. 559. Nr. II.

91) Nov. 81. c. 2. Vergl. L. 11. C. *de legitim. hered.* (VI. 58.)

92) So namentlich von Glück Bd. 2. d. Commentars §. 162. S. 454. und d. das. angef. Schr.

93) Bd. 36. d. Comment. §. 1421 *h.* S. 143—146.

94) §. 2. in f. J. *de hered. qual. et diff.*

werden können, Erbe zu werden, so muß auch die Zurückbehaltung der Suitätsrechte von Seiten des Befreieten ohne die in dieser Beziehung dem Vater zustehenden Befugnisse möglich seyn. Für das Recht des Vaters also, dem Befreieten selbst oder dessen erst nachher concipirten Kindern pupillariter zu substituiren, dürfte es daher gleichgiltig seyn, wie man die das Recht der Suität betreffende Frage beantworte. Indessen stimmen Andere hiermit nicht überein; gewöhnlich macht man von der Beantwortung jener Frage die abhängig: ob dem Ascendenten eine Pupillarsubstitution möglich sey, oder nicht? So drehete sich darum fast Alles in einem durch die prozessualischen Verhandlungen darüber berühmt gewordenen Falle, wo ein Großvater den Kindern seines in separirter Haushaltung lebenden Sohnes pupillariter substituirt hatte. Ob nicht durch separirte Oeconomie eine vollständige Auflösung des bisherigen Familienverhältnisses entstehe? kann allerdings gefragt werden. Ist man indessen auch nur mit den Meisten der Meinung, daß dem Kinde das Familienrecht bleibe, dasselbe von der väterlichen Gewalt oder dem Einflusse des Vaters auf persönliche Selbstständigkeit aber befreit werde, so muß man consequenterweise annehmen, daß dem Ascendenten nun auch überall kein Recht mehr über die Persönlichkeit des Befreieten oder dessen Kinder zustehen könne, folglich auch nicht die Befugniß, ihnen einen Erben zu ernennen[95].

95) Für die Giltigkeit der von dem Großvater hinsichtlich der Kinder des separirten Sohnes gemachte Pupillarsubstitution erklärt sich unter Anderen *J. H.* Boehmer D. de statu liberorum sui juris factorum per separationem et nuptias (Exerc. ad Pand. T. I. p. 913 sq.) und *G. L.* Boehmer in praefat. ad h.

Da die Enterbung das Recht der väterlichen Gewalt nicht aufhebt, so kann auch enterbten Descendenten ein Pupillarsubstitut ernennt werden[96]). Nur darf alsdann die Pupillarverlassenschaft nicht mit Vermächtnissen belastet werden[97]), ja nach einer ausdrücklichen Entscheidung Justinians gilt in diesem Falle selbst ein Aftervermächtniß nicht, womit ein dem Pupillen zugewandtes Vermächtniß beschwert ist[98]).

Indessen suchen Manche die Wirkung einer solchen Pupillarsubstitution durch folgende Argumentation zu entkräften: durch Exheredation werde zwar nach der richtigen Meinung (denn auch dies ist bestritten) das Suitätsrecht geradezu nicht aufgehoben; da indessen der wirksam Enterbte für todt gelte[99]), folglich auch nicht mehr als suus

Tom. Dagegen *C. U. de* Grupen discept. et observat. for. p. 137 sq. Heineccius in dem ebend. p. 467 sq. befindlichen Responso; Reinharth ad Christin. Vol. IV. obs. 27. Pufendorf. obs. jur. univ. T. III. obs. I. — Vergl. Höpfners Comment. §. 506. Note 2.

96) Gaji inst. II. §. 182. Ulpiani Fragm. XXIII §. 8. — §. 4. J. *h. t.* L. 1. §. 2. L. 6. L. 10. §. 4. 5. D. *h. t.*

97) L. 41. §. 3. D. *h. t.* L. 126. pr. D. *de leg.* I.

98) L. 24. C. *de legat.* (VI. 37.) — Aus dieser Constitution ersehen wir, daß auch die Frage streitig gewesen sey: ob nicht der Substitut alsdann wenigstens mit einem Vermächtnisse beschwert werden könne, wenn dem Pupillen ein Vermächtniß vom Vater zugewandt ist? Justinian verneint die Frage in der angeführten Constitution, welche eine der 50 Dezisionen war. S. Marcillius Exposit. in L. decisiones Justiniani; ad decis. XXXVII. p. m. 415 sq. Das Nähere hierüber s. unten §. 1452 a. E.

99) L. 1. §. 5. D. *de conj. cum emancip. lib.* (XXXVII. 8.)

heres zu betrachten sey, aber nur dem wirksam substituirt werden könne, der bei der Delation der väterlichen Verlassenschaft suus heres sey[100]), so müsse die Pupillarsubstitution von selbst wegfallen, wenn die Enterbung bei Kräften bleibe. Nur wenn der Vater die Enterbung wieder aufhebe, oder diese sonst ihre Wirkung verliere (z. B. durch Entsagung von Seiten des Testamentserben), behalte auch die Pupillarsubstitution ihren Bestand[1]). Gegen diese Theorie drängt sich aber mehr als ein gewichtiger Zweifel auf. Zuvörderst fragt es sich: sollte wohl die Befugniß des Vaters, auch den enterbten Descendenten zu substituiren, an so vielen Stellen ohne alle Beschränkung ausgesprochen seyn, wenn dennoch die Wirksamkeit einer solchen Substitution von dem Ungiltigwerden der Enterbung, also von Voraussetzungen, welche doch in der Regel nicht anzunehmen sind, abhängig gemacht wurde? Allein auch hievon ganz abgesehen, so wird ja durch den Eintritt jener Voraussetzungen mit dem väterlichen Testamente selbst auch die Pupillarsubstitution nothwendig zerstört[2]), indem dieselbe Theil

100) L. 41. §. 2. D. *h. t.* L. 2. pr. *eod.* (— „nepotibus — — si qui recasuri non sunt in patris potestatem.")

1) Vinnius ad §. 4. J. *h. t.* Nr. 4.

2) Vinnius führt namentlich zwei solcher Gründe an, a) wenn der eingesetzte Erbe die väterliche Erbschaft ausschlägt. Allein dann kann ja ausdrücklichen Entscheidungen zu Folge auch die Pupillarsubstitution nicht bestehen (L. 10. §. 4. D. *h. t.*); b) wenn der Vater die Enterbung wieder aufhebt. Dies könnte aber nur durch Zerstörung des früheren Testaments (also durch wirkliche Vernichtung oder durch ein neues Testament geschehen), folglich würde auch hier die, ein rechtsgiltiges und wirksames väterliches Testament voraussetzende Pupillarsubstitution wegfallen.

jenes Testaments ist, folglich (in der Regel wenigstens) mit demselben steht und fällt [3]). Es müßte daher der Grundsatz: auch dem Enterbten kann pupillariter substituirt werden, in der unbeschränkten Allgemeinheit verstanden werden, wie er ausgesprochen ist, wenn man sich genöthigt sähe, ihn für eine Anomalie zu halten. Allein dies ist keineswegs der Fall. Denn davon, daß der suus heres auch wirklich Erbe werde, hängt ja das Rechtsverhältniß der Suität keineswegs ab, die Stelle aber, worin gesagt wird: exheredatus pro mortuo habetur, (L. 1. §. 5. D. *de conj. cum emanc. lib.*), spricht überall nicht von einem enterbten suus heres, sondern von dem Emanzipirten, welcher mit seinen in der Gewalt ihres Großvaters zurückgebliebenen Kindern bei der contra tabulas B. P. eben so wenig concurrire (was regelmäßig nach dem Rechte der nova clausula der Fall war), wenn er enterbt, als wenn er gar nicht mehr am Leben sey [4]).

Indessen bleibt noch zu untersuchen übrig, wie sich dies Recht zu dem Notherbenrechte der neuesten Zeit verhalte? — In den frühesten Zeiten war das Notherbenrecht ein blos formelles, dem durch Enterbung (durch das Aussprechen der Enterbungsformel) vollständig genügt wurde. Aber auch als ein materielles Notherbenrecht aufkam und durch inofficiosi querela vermittelt wurde, konnte diese doch dadurch beseitigt werden, daß man dem, wenn auch ohne Grund enterbten, Notherben seinen Pflichttheil durch Vermächtniß zuwandte [5]). So stand die Sache

3) §. 5. in f. J. *h. t.*

4) Vrgl. *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VI. c. 25. §. 10. Voet ad Pand. h. t. §. 16.

5) §. 5. (6.) J. *de inoff. test.* L. 8. §. 6 u. 8. D. *eod.* (V. 2.)

bis auf Justinians Novelle 115. Die oben (Note 98) erwähnte von eben diesem Kaiser herrührende Constitution setzt nun offenbar nicht eine exheredatio bona mente facta voraus, sondern eine solche, wovon die Nov. 115 handelt[6]). Nach diesem Gesetze kann aber die Enterbung gar nicht gelten, wenn nicht eine der darin genannten Ursachen angeführt und die Wahrheit derselben erwiesen wird. Die Enterbung eines Unmündigen kann daher jetzt wohl nur gerechtfertigt werden, wenn sie nicht zu seinem Nachtheile geschieht[7]), mithin scheint hiernach angenommen werden zu müssen, daß die Befugniß des Vaters, seinem enterbten Kinde pupillariter zu substituiren, auf die Enterbung in guter Absicht zu beschränken sey. Allein die Novelle 115 selbst hat dafür gesorgt, daß die Pupillarsubstitution erhalten wird, wenn auch die Enterbung nicht gelten kann. Enterbt nämlich der Vater sein unmündiges Kind nicht bona mente, so kann zwar die Enterbung selbst nie zu Recht bestehen, indem der Beweis, das Kind habe die Enterbung verdient, auf recht-

6) Dies ergiebt sich unzweifelhaft aus den Worten: „post *exheredationis injuriam* etiam substitutionem ei addidit.“

7) Höpfner (Comment. §. 506. Nr. 4.) meint zwar (mit Anderen), es könne doch möglicherweise ein Unmündiger schon ein solcher Bösewicht seyn, daß er die Enterbung verdiene. Indessen wenn man durchaus vollkommene Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit bei Unmündigen überhaupt nicht annehmen darf (cap. 1. in f. J. *de delict. pueror.* V. 23.), bei der Anwendung der Enterbungsgründe aber der Unterschied zwischen vollständiger und unvollständiger Zurechnungsfähigkeit von selbst ausgeschlossen ist, so darf wohl die Richtigkeit der im Text angeführten Meinung nicht bezweifelt werden.

lich genügende Art schwerlich zu erbringen ist: dagegen die Pupillarsubstitution bleibt, mit allem Uebrigen, was außer der Erbeinsetzung im Testamente angeordnet ist, bei Kräften, wie bereits an einem anderen Orte dieses Commentars ausgeführt wurde[8]).

§. 1451.

2) Bis wie lange?

Aus dem Begriff der Pupillarsubstitution ergiebt sich von selbst, daß eine Substitution über die Jahre der Pubertät hinaus nicht möglich ist[9]). Wie aber, wenn dies dennoch geschieht — z. B. der Vater ernennt dem Sohn einen Substituten für den Fall, wenn derselbe vor dem achtzehnten Jahre mit Tode abgehen würde, — wird nun diese Substitution nicht als fideicommissarische aufrecht erhalten? Bejaht man diese Frage, so versteht sich jedenfalls von selbst, daß die Wirkung einer solchen Substitution auf das vom Vater herrührende Vermögen zu beschränken sey, auch die Anwendung so geschehen müsse, daß nicht gegen den Grundsatz verstoßen wird, wonach der Pflichttheil nicht mit Fideicommissen oder anderen Beschwerden belastet werden darf[10]). Für die bejahende Meinung nun scheint die rechtliche Begünstigung letztwilliger

8) S. Bd. 37. d. Comment. §. 1425 b. S. 286 fg. (Nr. 3.) Vrgl. auch *Ulr.* Huber prael. ad Inst. tit. de pup. subst. §. 8. *G. Sam.* Madihn diatr. jur. civ. vicissit. subst. impub. compl. §. 30. Nr. III. Weber zu Höpfner a. a. O. Note 3.

9) L. 7. u. 14. D. *h. t.* §. 8. J. *h. t.*

10) L. 34. L. 30. pr. u. §. 1. C. *de inoff. test.* (III. 28.) S. Bd. 35. d. Comment. S. 324 fg.

und insbesondere fideicommissarischer Verfügungen zu streiten, wozu denn noch kömmt, daß ja nicht mehr der Ausdruck, sondern die Absicht des Testirers für die rechtliche Wirkung testamentarischer Dispositionen entscheidend seyn soll, wie denn sogar bestimmt ist, daß durch verba directa auch fideicommissarische Verfügungen angeordnet werden können [11]). Indessen darf das nicht so verstanden werden, daß, so oft der Testirer eine Anordnung getroffen hat, welche in der Art, wie sie ausgesprochen ist, nicht gelten kann, derselben ohne Weiteres die Wirkung zugestanden werden müsse, welche sie möglicherweise haben könnte; denn sonst würde ja ein unvollständiges Testament auch ohne Hinzufügung der Codizillarclausel stets als Codizill aufrecht zu erhalten seyn, wovon doch das Gegentheil ausdrücklich anerkannt ist [12]). Auf den bloßen Ausdruck kommt allerdings nichts mehr an. Aber wer eine eigentliche Erbeinsetzung verfügt, der hat immer nicht fideicommissarisch disponirt, falls er nicht ausdrücklich erklärt, daß seine Disposition jedenfalls als fideicommissarische gelten solle; wenn also Jemand seinem Kinde einen Pupillarsubstituten ernennt, so kann diese Ernennung an und für sich keine anderen Wirkungen haben, als die das Gesetz ihr zugesteht. Es gilt daher auch für das practische Recht noch, was Pomponius sagt: „licet longius tempus comprehensum fuerit, tamen *finietur substitutio pubertate* [13]), d. h. die Substitution verliert von diesem

11) L. 15. C. *de testam.* (VI. 23.) L. 2. C. *commun. de legat.* (VI. 43.)

12) L. 1. L. 13. §. 1. D. *de jure codicillar.* (XXIX. 7.) L. 41. §. 3. D. *h. t.*

13) L. 14. D. *h. t.* —. Aehnlich heißt es in den Institutionen (§. 8. in f. J. *h. t.*) — „*evanescit* substitutio."

Augenblick an ihre ganze Wirksamkeit, was Papinian auf folgende Art ausdrückt: „Verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum aetatis *frustra* fieri convenit“ [14]), oder: es ist eine solche Verfügung eine völlig vergebliche und unwirksame. Man beruft sich zwar zur Begründung der entgegengesetzten Ansicht, auf eine Entscheidung Scävola's [15]); allein der Fall ist hier ein ganz anderer. Ein Vater hatte seinen unmündigen Sohn zum Erben eingesetzt und in einem nachher errichteten Codizill ihm einen Pupillarsubstituten ernannt. Das Kind stirbt während der Unmündigkeit, und der Jurist entscheidet, daß, wenngleich die Substitution als s. g. directe nicht gelten könne, „quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest,“ so sey doch die Mutter des Pupillen (als Intestaterbin desselben) verbunden, die väterliche Verlassenschaft dem Substituten als Fideicommiß herauszugeben. Codizillardispositionen haben stets die Wirkung eines Fideicommisses. Der einzige Zweifel, welcher hierüber nach den Grundsätzen des Pandektenrechts möglich war, konnte nur dadurch veranlaßt werden, daß der Testirer verba directa (eigentliche Einsetzungsworte) bei seiner Anordnung gebraucht hatte; aber schon die classischen Juristen setzten sich über diesen Zweifel hinaus, da bei Codizillen überhaupt eine freiere Interpretation Statt fand. Will daher der Testirer, daß die Substitution über die Jahre der Pubertät hinaus, und zwar als fideicommissarische, wirken soll, so

14) L. 76. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.)

15) S. besonders Cujacius ad Lib. VI. respons. Papin. h. l. (opp. ed. Neapol. T. IV. p. 1056 sq.) Voet Pand. h. t. §. 25.

muß er dies ausdrücklich erklären, oder wenigstens die Codizillarclausel seiner Disposition beifügen. Dies ist auch von jeher die gemeine Meinung gewesen[16]), und ein angeblicher deutscher Gerichtsgebrauch, wonach diese Wirkung hier auch ohne den Gebrauch der Codizillarclausel angenommen werden soll, ist schwerlich zu erweisen[17]). Nur Soldaten haben das Privilegium, ihren Kindern auch über die Jahre der Pubertät hinaus direct zu substituiren, in welchem Falle denn, wenn das Kind vor der Pubertät stirbt, auch das eigene Vermögen desselben an den Substituten kommt, sonst beschränkt sich auch die Wirkung dieser Substitution auf das vom Vater herrührende Vermögen[18]).

Es steht übrigens Jedem frey, die Substitution auf einen früheren Zeitpunkt zu stellen, z. B. „si filius meus intra decimum annum decesserit, Sejus heres esto"[19]); oder auch Mehrere dergestalt zu substituiren, daß das Recht des Einen auf einen früheren Zeitraum beschränkt wird, und alsdann das Recht eines Anderen

16) M. s. außer den in der vor. Note angeführten Schriftstellern noch: die Accursische Glosse ad L. 7. et L. 14. h. t. Duarenus in comment. ad h. t. (opp. p. 401.) Vinnius ad §. 8. J. h. t. Nr. 3. *Ulr.* Huber prael. ad h. t. Inst. §. 11. Stryk cautel. testam. cap. XVIII. membr. II. §. 24.

17) Mehr oder weniger bestimmt erklären sich dafür Lauterbach coll. theoret. pract. h. t. § 25. Wernher lectiss. comment. ad Dig. h. t. §. 16. Höpfner u. Weber im Comment. §. 507. not. 2.

18) L. 15. et 28. D. *h. t.* L. 8. C. *h. t.*

19) L. 21. L. 38. §. 1. D. *h. t.*

beginnt. Hierüber äußert sich Paulus[20]) wie folgt: „Itaque et si diversos substituat post finem aetatis[21]), admittendum erit, veluti: *si intra decimum annum decesserit, Titius heres esto, si post decimum, intra quartum decimum, Maevius heres esto.*" Dabei entstand denn aber die Frage, wie es zu halten sey, wenn der Sterbefall innerhalb des früheren Termins eintritt und sich der Testirer über diesen Fall nicht näher erklärt hat, — ob nicht alsdann der zweite Substitut mit dem ersten concurrire: „— si ita facta proponatur substitutio: *filius meus si intra decem annos decesserit, Titius heres esto, si intra quatuordecim, Maevius;* filiusque octo annorum decesserit, utrum Titius solus ex substitutione ei heres erit, an et Maevius? quia certum est, et intra decem, et intra quatuordecim annos filium decessisse. Respondi: omne quidem spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, sed finis hujus pubertas est; magis autem est, in utroque eorum tempus suum separatim servari, nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur[22]). Nämlich, da der Testirer ohne ausdrücklich ausgesprochene Beschränkung den Maevius auf den Fall, wenn das Kind in der Unmündigkeit sterben werde, sub-

20) L. 38. §. 2. D. *h. t.*

21) Diese Worte beziehen sich auf den in dem voraufgehenden §. vorgetragenen Fall (wenn der Testirer die Substitution schlechthin auf einen früheren Termin gestellt hat), sind mithin so zu verstehen: wenn nach diesem Termin ein Anderer eintreten soll. Siehe die Accursische Gl. *finem* ad h. l.

22) L. 43. §. 1. D. *h. t.*

stituirt hat, dies aber buchstäblich eingetreten ist, so kann allerdings gefragt werden: ob der zweite Substitut nicht neben dem ersten eintrete? Der Jurist erklärt dies im Allgemeinen für eine Willensfrage, ist aber doch der Meinung, daß im Zweifel anzunehmen sey, die bei Jedem genannte Zeit beziehe sich ausschließlich auf ihn, so daß also der zweite Substitut den ersten ganz ausschließe, wenn der Sterbefall innerhalb des für ihn bestimmten Termins eintritt [23]).

§. 1452.

3) Wie muß die Pupillarsubstitution geschehen?

Die Pupillarsubstitution kann nur in einem förmlichen und an sich zu Recht beständigen Testamente erfolgen [24]), auch muß der Vater jedenfalls sich selbst ein rechtsgiltiges Testament errichten und in demselben sich einen Erben ernennen, da die Pupillarsubstitution als Bestandtheil des väterlichen Testaments erscheint, mithin auch nur wirksam seyn kann, wenn bei diesem die rechtlichen Erfordernisse vollständig eingetreten sind [25]). Gleich=

23) Cujacius ad h. l. (comment. in Jul. Paulli lib. IX. quaest. opp. ed. Neapol. T. V. p. 1059.) sagt von diesem Falle: „species est plus quam facillima;“ dafür mußte ihn aber doch Paullus nicht halten.

24) L. 76. D. *ad Sct. Treb.* S. auch die folg. Note und unten §. 1454.

25) §. 5. J. *h. t.* „Liberis autem suis testamentum facere nemo potest nisi et sibi faciat; nam pupillare testamentum est pars et sequela paterni testamenti, adeo ut, si patris testamontum non valeat, nec filii valitura sit.“ — L. 1. §. 3. *eod.* „Substituere liberis pater non potest, nisi si he-

giltig ist es übrigens in Ansehung der rechtlichen Wirkung, ob dies in demselben Testamente geschieht, oder ob der Vater ein besonderes Testament für sich und ein besonderes für das Kind errichtet [26]), weshalb er denn auch nicht gerade dieselbe Form für beide zu beobachten nöthig hat, z. B. für das Kind mündlich, für sich schriftlich testiren darf, und umgekehrt [27]). In dem ersten Falle pflegte der die Pupillarsubstitution betreffende Theil des Testaments besonders verschlossen und bei der Eröffnung nicht mit publizirt zu werden, damit es bis zum Eintritt des Substitutionsfalls unbekannt bliebe, wer den Pupillen beerben werde [28]). Nöthig ist dies nicht, jedenfalls genügte es aber alsdann auch, wenn in Beziehung auf Besieglung, Unterschriften und überhaupt auf die Form die Erfordernisse für ein rechtsgiltiges Testament einmal beobachtet sind [29]). Es schadet daher dem Rechtsbestande der Pupillarsubstitution auch nicht, wenn die Besieglung nicht besonders erfolgt, mithin bei der Publication des väterlichen Testaments das Ganze entsiegelt ist; d. h. es liegt darin keine Vernichtung der auf die Pupillarsubstitution sich beziehenden Verfügung, obgleich sonst die Zerstörung der Siegel regelmäßig eine Vernichtung der testamentarischen Disposition

redem sibi instituerit; nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet." — Auch hievon ist wieder ein Soldat ausgenommen; L. 2. §. 1. D. *h. t.*

26) L. 16. §. 1. D. *h. t.*

27) L. 20. §. 1. D *h. t.*

28) Vrgl. Gaji inst. II. §. 181. u §. 3. J. *h. t.* — L. 8. D. *test. quemadm. aper.* (XXIX. 3.)

29) S. Theophil paraphr. ad §. 2. J. *h. t.*

begründet[30]). Hierauf bezieht sich folgende Entscheidung Ulpians: „Patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in jure Praetorio; nam, ut Marcellus — scribit: sufficit tabulas esse patris signatas, et si resignatae sint filii, et septem signa patris sufficiunt"[31]). — Es war hier die Rede von dem prätorischen, d. h. von einem mit sieben Siegeln besiegelten Testamente; der Prätor gab daraus in der Regel nur eine secundum tabulas B. P., wenn die Siegel sich unverletzt befanden, dem Pupillarsubstituten wird aber die Bonorum possessio stets gegeben, ungeachtet bei Gelegenheit der Publication des väterlichen Testaments das Ganze entsiegelt ist[32]).

Ehemals nun mußte der Vater seinen Erben stets zuerst, und hiernächst den des Pupillen ernennen; darauf kommt es aber nicht mehr an, wenn die väterliche Erbeinsetzung und die für den Pupillen in dem nämlichen Testamente erfolgt[33]), wogegen noch streng an der alten

30) L. 1. §. 10. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11.) L. 1. §. 8. D. *si tab. test nullae extab.* (XXXVIII. 8.)

31) L. 20. D. *h.* t.

32) Westphal von Testamenten u. s. w. §. 677.

33) In L. 2. §. 4. D. *h. t.* wird zuerst die Regel vorgetragen: „prius autem sibi quis debit heredem scribere, deinde filio substituere, et non commutare ordinem scripturae;" dann aber (§. 5.) hinzugefügt: „Sed si quis ita fuerit testatus: *si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Sejus heres esto;* deinde: *filius heres esto,* valet substitutio, licet conversa scriptura filii testamentum fuerit," ferner heißt es in dem §. 6. — „ut non ordo scripturae, sed ordo successionis spectetur." S. die folg. Note.

Regel festgehalten ist, wenn der Vater für sich und für den Pupillen besonders testirt. Hier muß sein Testament das frühere seyn, sonst gilt die Pupillarsubstitution nicht [34]). So sind wenigstens die hierüber vorkommenden Quellenäußerungen am einfachsten mit einander zu vereinigen, wenngleich außer Zweifel ist, daß auch schon unter den röm. Juristen über die Frage: ob es der Pupillarsubstitution schade, wenn sie zuerst angeordnet worden, im Allgemeinen und Besonderen Streitigkeiten Statt gefunden haben [35]).

34) L. 2. §. 4. h. t. — „caeterum, si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere," und ebendas. §. 7. — „non esse a filii testamento incipiendum impuberis." Vergl. Duarenus ad h. t. cap. 14. p. m. 390 Vinnius ad §. 5. J. *h. t.* Nr. 1. Höpfner Comment. §. 508. Nr. 8. u. Note 1.

35) Schon aus der Art, wie Ulpian sich hierüber äußert (in der L. 2. §. 1. D. *h. t.*), ergiebt sich dies mit Bestimmtheit; er bezieht sich nämlich für den Satz, daß der Vater sich zuerst einen Erben ernennen müsse, auf das Zeugniß Julians, mit der Bemerkung, daß die Ansicht dieses Juristen auch durch ein kaiserliches Rescript gebilligt sey: „quae sententia rescripto imperatoris nostri *comprobata* est." Ant. Goveanus (variar. lection. Lib. I. c. 8.) glaubt, daß das comprobata in *improbata* emendirt werden müsse, weil Ulpian sich sonst widersprechen würde, indem er bald darauf eine gegen die Regel von Julian erfolgte Pupillarsubstitution für giltig erklärte. Auch soll sich die Nothwendigkeit dieser Emendation daraus ergeben, daß hinzugefügt wird: „et merito; constat enim, unum esse testamentum, licet duae sint hereditates." Indessen bezieht sich dies auf die unmittelbar vorhergehende Aeußerung, daß jedenfalls alsdann, wenn der Vater zu verschiedenen Zeiten testire, das väter-

Wegen des nothwendigen Zusammenhangs nun zwischen dem väterlichen Testamente und der Ernennung eines Pupillarsubstituten werden beide Dispositionen auch alsdann noch für ein Testament angesehen, wenn die Anordnung in verschiedenen Testamentsacten erfolgt; umgekehrt wird aber stets berücksichtigt, daß die Verfügung selbst zwei verschiedene Verlassenschaften, die des Vaters und die des Pupillen, zum Gegenstande hat, wobei ebenfalls wiederum gleichgiltig ist, ob die Pupillarsubstitution abgesondert von dem Testamente des Vaters, oder in demselben geschieht. Dies drückt Gajus so aus: „*duo quodammodo sunt testamenta*, **aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset**; *aut certe unum est testamentum duarum he-*

liche Testament dem des Pupillen voraufgehen müsse („Caeterum si ante filio, deinde sibi test. faciat, non valere"). Denn (will der Jurist sagen), es ist immer ein Testament, und zwar das des Vaters, wenn auch zu verschiedenen Zeiten testirt wird, darum kann die Pupillarsubstitution nie für sich allein bestehen. Wenn nun dieß richtig ist, so folgt ganz von selbst, daß die Erbenernennung für den Pupillen null und nichtig ist, so fern sie sich nicht auf das väterliche Testament stützt, dies aber führt wieder nothwendig zu der Folgerung, daß des Vaters Testament voraufgehen, oder aber in demselben die Ernennung des Pupillerben geschehen muß, in welchem letzteren Falle indessen auf die Stellung der Disposition selbst nichts ankommt. — Vergl. *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VI. c. 25. §. 22. und *a* Costa ad §. 5. J. *h. t.* (welche mit A. glauben, daß die Beschränkung sich auf den Fall beziehe, wenn der Pupill enterbt sey); *J. L.* Conradi e Reprehensis Nr. 1. (in opuscul. T. I. pag. 221—238), wo sich auch die Auslegungen Anderer angeführt und widerlegt finden.

reditatum"[36]). Von den mancherlei Anwendungen, welche davon gemacht werden[37]), gehören hieher nur folgende:

1) Wenn der Vater seine eigenen necessarii heredes (d. h. hier solche, welche ipso jure Erben werden, als: Sclaven und Hauskinder) dem Pupillen zum Erben ernennt, so erhalten dieselben dadurch auch in Beziehung auf den Pupillen die Eigenschaft der necessari heredes. „Quos possum (sagt Ulpian) heredes mihi facere necessarios, possum et filio, ut servum meum et fratrem suum (sc. filii), quamvis in rebus humanis nondum sit; postumus igitur *erit fratri heres necessarius*"[38]). Dies nun setzt der Jurist an einem andern Orte damit in Verbindung, daß das Testament des Vaters und das des Pupillen wie ein einziges zu betrachten sey: „constat enim, unum esse testamen-

36) Gaji inst. II. §. 180 und die daraus entlehnte Institutionenstelle (§. 2. J. *h. t.*) — Aehnliche Aeußerungen finden sich in L. 2. §. 4. D. *h. t.* (s. die vor. Note). L. 2. §. 2. D. *de her. vel act. venditu. XVIII.* 4.; („licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est"). L. 28. D. *de reb. anit. jud. possid.* (XLII. 5.) und anderen Stellen. S. auch die folg. Note.

37) S. z. B. L. 2. §. 2. D. *de her. v. act. vend.* L. 38. in f. D. *h. t.* L. 8. et 11. D. *test. quemadm. aper.* (XXIX. 3.) L. 1. §. 1. D. *si cui plus quam per leg. Falcid.* (XXXV. 3.) — Vergl. auch den Inhalt der folg. §§.

38) L. 10. §. 1. D. *h. t.* — Aus gleichem Grunde wird auch in der L. 18. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.) von einem frater necessarius gesprochen.

tum, — — usque adeo, *ut, quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat*"[39]).

2) Dagegen ist es nicht nöthig, die Notherben des Pupillen zu berücksichtigen, wofür (wohl etwas sophistisch) der Grund angeführt wird: es habe ja der Vater testirt und darum brauche derselbe Notherben nicht zu berücksichtigen, die nicht die seinigen seyen (wie die Mutter des Pupillen), hinwiederum sey es Testament des Sohnes, weshalb denn kein Notherbe des Vaters dasselbe anfechten dürfe[40]). Ausdrücklich ist dies Recht bestätigt, von Pabst Bonifaz VIII.: „Licet autem filius testamento suo matrem portione jure naturae debita privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest: nam testamentum hujusmodi pupillare paternum, vel paterni pars potius est censendum"[41]). Indessen ist hierbei zweierlei, besonders in neuerer Zeit, streitig geworden:

a) hat man behauptet, schon nach dem Pandekten-

39) L. 2. §. 4. D. *h. t.*

40) L. 8. §. 5. D. *de inoff. test.* (V. 2.) „Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicet, quia pater ei hoc fecit, — nec patris frater, quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit." Des Vatersbruder ist nur Notherbe des testirenden Vaters, nicht des Pupillen, der Bruder des letzteren ist Notherbe Beider, wird aber immer entweder aus dem einen oder aus dem anderen Grunde von der Querel ausgeschlossen. — *Ulr.* Huber Eunom. Rom. p. 243—245. Heisler in der unten (Note 46) anzuführenden Dissert. §. 31. und die dazu gehörige Note. Madihn Diss. cit. §. 23.

41) cap. 1. in f. *de test.* in VI. (III. 11.)

recht sey anzunehmen, daß nur dann die Notherben unberücksichtigt bleiben dürften, wenn sie entweder nur Notherben des Vaters oder nur des Kindes seyen, wogegen derjenige, welcher Notherbe Beider sey, auch die Pupillarsubstitution wegen nicht, oder nicht gehörig erfolgter Berücksichtigung anfechten dürfe[42]). Indessen ist diese Ansicht mit der deutlichen Bestimmung der angeführten Pandekterstelle durchaus unvereinbarlich; die am Schlusse derselben angeführten Worte (worauf sie sich hauptsächlich stützt): „**Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi si** *pro parte patris* **rescissum est; tunc enim pupillare valet,**" — sind auf den Fall zu beziehen, wenn des Vaters Testament wegen verletzter Notherbenrechte angefochten werden kann: alsdann falle auch die Pupillarsubstitution weg, wenn das väterliche Testament völlig umgestoßen werde[43]).

b) Mehr Anhänger hat die Meinung gefunden, daß durch das veränderte Notherbenrecht implicite der Satz ganz aufgehoben sey, wonach bei der Pupillarsubstitution die Notherben des Pupillen unberücksichtigt bleiben dürften[44]).

42) S. Zimmern in seinen und Neustetels röm. rechtl. Untersuchungen. Abh. III. Nr. IV. S. 85.

43) Thibaut im Arch. für civ. Pr. Bd. V. H. 3. Abth. I. Nr. 6. S. 346—348 Franke Notherbenrecht. S. 454 fg. u. Bd. 35. des Comment. S. 374 fg. Note 69. S. auch unten §. 1455.

44) *J. O.* Westenberg Diss. II. de part. legit. Cap. III. §. 8. — Zimmern a. a. O. S. 86 fg. Francke Notherbenrecht. S. 456—463. — Auch Hellfeld (§. 1455) ist der Meinung, daß die Mutter, wenn sie gleich nicht queruliren dürfe, doch berechtigt sey, die Legitima zu fordern, arg. L. 30. u. 32. C. *de inoff. test.*

Es folgt dies weder daraus, daß nach dem Constitutionenrechte die Kinder nicht mehr dem Vater, sondern für sich selbst erwerben, noch aus den Bestimmungen, welche die Sicherstellung des Pflichttheilsrechts betreffen, noch endlich daraus, daß die Novelle die Einsetzung oder gehörig gerechtfertigte Ausschließung auch der Ascendenten fordert. Was den ersten Grund anbetrifft, so hat zwar das Aufkommen der Pupillarsubstitution in dem Erwerbsrechte des Vaters durch die Kinder seinen Grund[45]), allein zu keiner Zeit wurde es verkannt, daß der Pupillarsubstitut eigentlich in das Vermögen des Pupillen succedire, und überdieß ist ja die Befugniß des Vaters, seinem Kinde einen Erben zu ernennen, noch im neuesten Rechte ausdrücklich anerkannt. Soll aber jener Grund überhaupt etwas beweisen, so würde daraus auch die Abschaffung des ganzen Instituts folgen; ist dies nun nicht der Fall, so läßt sich nicht absehen, welchen Einfluß die neueren Grundsätze über das väterliche Erwerbsrecht auf die Art und Weise, wie das Substitutionsrecht des Vaters ausgeübt werden kann, haben könne. Auch genügt es, daß der hier zur Frage stehende Grundsatz in die Pandekten aufgenommen ist, vor Anfertigung der Compilation aber die das Erwerbsrecht des Vaters betreffenden Neuerungen schon vollständig fest standen. — Noch weniger Gewicht hat die Berufung auf die **L. 30 u. 32. C.** *de inoff. test.* (s. Note 44), indem darin ja nicht etwa anerkannt ist, daß Jeder zum Pflichttheil an sich Berechtigte eine Klage auf Gewährung desselben, und nur diese, habe, sondern verfügt wird, daß, soferne der

45) S. oben §. 1446. u. vergl. *J. L.* CONRADI opusc. T. I. p. 229.

Notherbe nicht auf rechtsgiltige Weise ausgeschlossen sey, auf Ergänzung des nur unvollständig zugewandten Pflichttheils geklagt werden könne, auch eine darauf etwa gelegte Beschwerde unberücksichtigt bleiben solle. Will man diese gesetzlichen Bestimmungen überhaupt auf Pupillarsubstitutionen anwenden, so müßte den übergangenen Notherben des Pupillen mehr zugestanden werden, als blos das Recht, auf Ergänzung des Pflichttheils anzutragen. Indessen sind dieselben hier eben so wenig für anwendbar zu halten, wie die der Nov. 115, und zwar aus folgenden Gründen. — In der Pupillarsubstitution lag ein bequemes Mittel, eine Ungewißheit darüber zu erhalten, Wer den Pupillen einmal beerben werde. Sollte das aber vollständig bewirkt werden können, so durfte man auch keine Notherbenrechte gegen den Pupillen bestehen lassen, was denn auch durch die Praxis anerkannt und von den Juristen durch den Grundsatz unterstützt wurde: die Pupillarsubstitution beruhe auf testamentarischer Anordnung des Vaters, welcher gleichwohl seine eigenen Notherben nicht zu berücksichtigen habe, da die Erbschaft, worüber verfügt werde, doch immer nicht die seinige sey. Wenn nun dies neben dem durch die Inoffiziositätsquerel vermittelten materiellen Notherbenrechte galt, so ist in der That nicht abzusehen, wie es dadurch implicite aufgehoben seyn soll, daß im neueren Rechte für Pflichttheilberechtigte noch ein besonderes Rechtsmittel, und zuletzt auch für Ascendenten ein formelles Notherbenrecht eingeführt ist: das Verhältniß der Ausnahmen zur Regel bleibt sich in beiden Fällen gleich; eben so wie die zur Sicherung der Notherbenrechte dienenden Bestimmungen des älteren Rechts, gehen auch die Vorschriften der Nov. 115 und anderer Gesetze Justinians nicht auf den Fall, wo der

Testirer erlaubterweise einem Anderen einen Erben ernennt, sondern lediglich auf die sein eignes Testament betreffenden Verfügungen [46]). Entscheidend für das geltende Recht ist aber auch die oben angeführte Bestimmung des canonischen Rechts [47]). — Uebrigens soll die Mutter nicht durch eine tacita pupillaris substitutio ausgeschlossen werden, wenigstens alsdann nicht, wenn sie zur Miterbin ihres Kindes eingesetzt ist [48]). Sehr häufig versteht man diese Bestimmung ganz allgemein, d. h. man will zum Nachtheil des Intestaterbrechts der Mutter eine stillschweigende Pupillarsubstitution überhaupt nicht gelten lassen, und fragt alsdann nur: ob nicht ein gleiches Recht für die übrigen Notherben des Pupillen (also für Großältern und Geschwister, wenn diesen eine

46) Von den zahlreichen Vertheidigern der hier vorgetragenen Meinung nenne ich nur folgende: *A.* Merenda controv. Lib. III. c. 40. *Sam.* Stryk cautel. test. C. XVIII. membr. II. §. 16. 17. *P. J.* Heisler Diss. de pupillariter substituto heredes legitimos, praecipue matrem pupilli excludente. Hal. 1750. (und in den Exercit. acad. Nr. I.) *J. B.* Kuestner D. de pupillari testamento, praeterita impuberis matre. Lips. 1788. Thibaut a. a. O. S. 346—349 (wo sich auch eine Widerlegung des von Zimmern aus der Verordnung über die Quasipupillarsubstitution hergenommenen analogischen Grundes findet), und die Lehrbücher von Wening, Seuffert, Warnkönig (§. 1014) u. A. Vgl. übrigens auch Mejer in der Ausg. des Schweppe'schen Handbuchs Bd. V. S. 109. Not. 3.

47) Fuhr in seinen und Hoffmann's civilist. Vers. Hft. I. Abh. VII. a. E. S. 92.

48) L. 8. C. *de instit. et subst.* — S. oben §. 1447. S.

turpis persona vorgezogen ist), angenommen werden müsse? Dies darf nun aber nach theoretischen Grundsätzen in keinem Falle behauptet werden, da jene Entscheidung von einer anerkannten Regel abweicht und sich deutlich genug als ein zu Gunsten der Mutter eingeführtes besonderes Recht ankündigt[49]).

3) Daraus, daß Gegenstand der Pupillarsubstitution das Vermögen des Pupillen ist, folgt an und für sich auch die Unzuläßigkeit einer Belastung dieses Vermögens mit Vermächtnissen. Wenigstens ist dies alsdann, wenn der Pupill selber als der Belästigte erscheint, nicht anders möglich, als für fremde Personen, d. h. hier für Solche, denen der Testator keinen Erben ernennen darf. Bekanntlich kann Jeder Erblasser das Vermögen des Erben oder eines sonst von ihm Honorirten mit Vermächtnissen belasten, sofern die Onerirten dafür durch die ihnen gemachten Zuwendungen entschädigt sind[50]). Wird nun der Pupill zum Erben eingesetzt, so kann giltigerweise verfügt werden, daß die väterliche Verlassenschaft einem Dritten restituirt werde, wenn der Pupill vor der Mündigkeit mit Tode abgehen werde. In diesem Falle sind, beim Eintreten der Bedingung, die Intestaterben des Pupillen gehalten, die väterliche Verlassenschaft nach Abzug der s. g. Trebellianischen Quart dem fideicommissarisch Substituirten herauszugeben, das eigene Vermögen des Pu-

49) Doch hat das Gegentheil die gemeine Meinung für sich; s. Stryk l. l. §. 18.

50) §. 1. J. *de singul. reb. per fideic. rel.* L. 114. §. 7. *de leg.* I. L. 77. §. 31. *de leg.* II. L. 17. pr. §. 1. 2. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.) L. 25. C. *de fideic.* (VI. 42.) — Vergl. Hasse im rhein. Mus. Bd. III. S. 501—525. (§. 43—50.)

pillen ist aber dem Fideicommiß an sich nicht unterworfen[51]), wie denn überhaupt, außer der Anordnung eines directen Erben für denselben, über dessen Vermögen in der Regel nicht anders verfügt werden kann, als insofern er dafür aus der väterlichen Verlassenschaft entschädigt wird. Er selbst kann daher, wenn er vom Vater enterbt ist, nur auf indirecte Weise belästigt werden, so nämlich, daß ihm ein Vermächtniß aus der väterlichen Erbschaft zugewandt und dafür sein eignes Vermögen mit Vermächtnissen belästigt wird. Unter dieser Voraussetzung ist es selbst möglich, die Pupillarverlassenschaft des enterbten Pupillen mit einem Fideicommiß zu belegen: dies Fideicommiß hat insoweit vollkommene Wirkung, als der Pupill dafür durch die väterlichen Zuwendungen gedeckt ist[52]).

51) L. 41. §. 3. D. *h. t.* „Quodsi *heredem filium* pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere, legitimum heredem filii salva Falcidia cogendum, patris hereditatem; — — restituere placuit. — — *Nec fideicommisso propriae facultates filii tenebuntur.*“ — Vid. Schulting in not. ad h. t. T. V. p. 93.

52) S. die in der vor. Note citirte Stelle von Papinian a. E. Nach den zuletzt angeführten Worten (Nec — tenebuntur) fährt der Jurist also fort: „et ideo, si pater filium exheredaverit, *et si nihil reliquerit*, nullum fideicommissum erit filio. Alioquin si legata vel fideicommissa acceperit, intra modum eorum fideicommissum hereditatis a filio datum citra Falcidiae rationem (denn Vermächtnißnehmer ziehen die Falcidische Quart nicht ab, L. 47. §. 1. D. *ad leg. Falcid.*) debebitur.“ — S. Cujacius in Lib. VI. resp. Papiniani ad h. l. (opp. ed. Neapol. T. IV. p. 1065 sq.)

Was ist nun aber Rechtens, wenn der Pupillarsubstitut als solcher onerirt ist, — wenn also für die secundae tabulae, — oder für den Fall, daß die Pupillarsubstitution wirksam wird — Vermächtnisse angeordnet sind? Bei strenger Anwendung des Grundsatzes: **est unum quidem testamentum, sed duarum hereditatum**, würde angenommen werden müssen, es sey eine solche Anordnung nur giltig und wirksam, wenn und insofern dieselbe (direct oder indirect) als Belastung des väterlichen Nachlasses angesehen werden kann. Indessen hat sich hier die alte Rechtsansicht: durch Pupillarsubstitution verfügt der Vater im Rechtssinne nur über sein eignes Vermögen (nämlich in Folge der Fiction, daß das Erwerbsrecht des Vaters auch noch nach seinem Tode bis zum Eintritt der Pubertät des Kindes fortdauere) — wenngleich unter großen Einschränkungen erhalten; m. a. W., es wird hier in manchen Beziehungen berücksichtigt, daß der Pupillarsubstitut sein Recht dem väterlichen Testamente verdankt. Hierbei sind denn folgende Fälle zu unterscheiden[53]):

A) Der Pupill ist im väterlichen Testamente eingesetzt; alsdann muß der Substitut die Vermächtnisse erfüllen, auch wenn keine Deckung dafür in dem väterlichen Nachlasse gefunden werden sollte. Ob er neben dem Pupillen eingesetzt wurde, — ob dieser wirklich Erbe des Vaters geworden ist, oder nicht, dies kann zwar auf die

53) Auf die Schwierigkeiten und Streitfragen, den Abzug und die Berechnung der Falcidischen Quart in Fällen dieser Art betreffend, darf hier noch nicht genauer eingegangen werden; davon kann erst unten beim §. 1576 die Rede seyn. Die obige Darstellung beschränkt sich daher lediglich auf die Frage über die Zuläßigkeit solcher Anordnungen.

Berechnung der Falcidischen Quart von Einfluß seyn[54]), für unsere Frage aber ist es gleichgiltig. Es gehört hie-

54) So (um nur dies anzuführen), wenn der Pupill und der Substitut zu Miterben eingesetzt und Beide besonders mit Vermächtnissen beschwert sind, und es tritt die Pupillarsubstitution in Wirksamkeit, so macht es einen Unterschied, ob der Pupill Erbe seines Vaters geworden ist, oder nicht (z. B. vor dem Vater mit Tode abgegangen ist). Im ersten Falle zieht der Substitut (im Fall einer Ueberlastung) von seinem Erbtheile und von dem des Pupillen besondere Quarten. Durch den Erbschaftserwerb ist der dem Pupillen zugewiesene Erbtheil dessen Vermögen geworden, und hat er die Vermächtnisse nicht schon selber entrichtet, so geht die Verpflichtung dazu natürlicherweise auch mit dem jedem Erben zustehenden Rechte des Abzugs auf den an seine Stelle tretenden Pupillarsubstituten über. Ist dagegen der Pupill überall nicht Erbe seines Vaters geworden, so hat in Beziehung auf Berechnung der Falcidischen Quart die Pupillarsubstitution die Wirkung der Vulgarsubstitution L. 1. §. 13. D. *ad Leg. Falcid.* L. 1. §. 1. D. *si cui plus, quam per leg. Falcid. lic.* XXXV. 3.), also beide Erbtheile werden zusammengeworfen, und es genügt, wenn der Substitut die Quarte nur von dem Ganzen freibehält. L. 87. §. 4. D. *ad Leg. Falcid.* — — „Placuit solida legata eum (der Pupillarsubstitut) praestare debere (nämlich wenn er von dem Ganzen wenigstens die Quarte frei hat), — —, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur —. *Sed hoc ita verum est, si filius, antequam patri heres existeret, decessisset. Si vero patri heres fuit, non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli, qui nihil amplius, quam semissis* (er war auf die Hälfte eingesetzt) *dodrantem praestare necesse habuit.*“

her die folgende Stelle aus Papinians Quästionen[55]): „Quod vulgo dicitur, in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, quum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire ne substitutus quidquam retineat, vel ut[56]) longe plus habeat quarta paternae hereditatis. Quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, quum patris suffecerit? De suo quadrante nimirum dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo, nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, quum in hac parte juris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur." — Bei der im Eingange der Stelle erwähnten sprüchwörtlichen Redensart wird vorausgesetzt, daß die Pupillarsubstitution ein-

55) L. 5. §. 11. D. *ad Leg. Falcid.* — Siehe über diese Stelle besonders den Commentar von *H.* Donellus in exl. ad Lib. VIII. c. 23. comment. jur. civ. (Ausgabe von Bucher Bd. V. p. 24 sq.) Weniger befriedigt Cujacius ad h. l. (ed. Neapol. T. IV. p. 760 sq.)

56) So muß außer Zweifel mit Haloander, Charondas u. A. gelesen werden, Statt des sinnlosen *velut*, wie auch noch Gebauer und Kriegel haben. Die Handschriften trennen bekanntlich die zu einem Satze gehörigen Buchstaben meistens nicht, und auf unbegreifliche Weise tragen die neueren Herausgeber so häufig Bedenken, die offenbarsten Fehler zu verbessern, welche die älteren Editoren bei der Trennung oder Verbindung von Buchstaben, Sylben oder Worten sich haben zu Schulden kommen lassen! —

getreten sey; für diesen Fall gilt jene Regel unbedingt, d. h. der Substitut muß die vom Vater angeordneten Vermächtnisse zu voll bezahlen, wenn ihm die Quart auch nur mit Einrechnung dessen, was durch die Pupillarsubstitution an ihn gekommen ist, verbleibt[57]). — Den Fall nun, welchen Papinian hier vor Augen hat, kann man sich etwa auf folgende Art construiren: der Testirer, welcher 1000 im Vermögen hat, setzt sein unmündiges Kind zum Erben ein, beschwert dasselbe mit Vermächtnissen im Werth von 500 und substituirt ihm pupillariter den Titius, dem er eben so viel an Vermächtnissen zu zahlen auferlegt. Das Kind wird überall nicht Erbe des Vaters, und es entsteht jetzt die Frage, wie in Ansehung dieser Vermächtniße die Falcidische Quarte zu berechnen sey. Wäre (sagt Papinian) der Pupill Erbe seines Vaters geworden, so würde die Verpflichtung zur Zahlung der Vermächtnisse, und also auch die Berechnung der Quarte nach den Grundsätzen erfolgen, welche überhaupt für die Schulden eines Erblassers gelten; denn der Pupillarsubstitut tritt hier als eigentlicher Erbe des Pupillen ein (siehe Note 54). In dem gegenwärtigen Falle aber findet ein Zusammenrechnen alles dessen Statt, was der Substitut erhält — contributioni locus est[58]). Es

57) Es ist damit nämlich die in der Note 54 zur Sprache gekommene Frage nicht zu verwechseln: ob er nicht von dem ihm anfallenden Erbtheile des Pupillen und außerdem von der seinigen die Quarte frei behalten müsse? Hier ist nur davon die Rede, daß er sich auf die Quarte jedenfalls Das anrechnen lassen muß, was aus dem väterlichen Nachlasse an ihn kommt, so wie umgekehrt, mit dem Pupillarvermögen die für die Erbschaft des Vaters angeordneten Vermächtnisse decken muß.

58) Die Worte: propter ea u. s. w. sind nicht eben deutlich;

kann auf diese Weise dahin kommen, daß er gar nichts behält; z. B. das väterliche Vermögen vermindert sich nach dem Tode des Vaters so sehr, daß der Substitut mit dem, was ihm bleibt, und gerade die Vermächtnisse zahlen kann. War nämlich nur nach dem Bestande desselben beim Anfall eine Ueberschwerung nicht vorhanden, so müssen die Vermächtnisse stets zu voll bezahlt werden; umgekehrt aber kann durch spätere Vermehrung des väterlichen Nachlasses es bewirkt werden, daß der Substitut mehr abziehen darf, als der Fall seyn würde, wenn das Vermögen gleich beim Anfall der Erbschaft so viel betragen hätte, indem bei Berechnung der Quart das Vermögen stets nach dem Werthe angeschlagen wird, den es beim Tode des Erblassers hatte[59]). — Hiernächst kommt der Jurist auf den Fall: wenn nicht der väterliche Nach-

was der Jurist sagen will, ist aber keinem Zweifel unterworfen: weil hier der Pupill kein Schuldner der Vermächtnißnehmer geworden ist, sondern lediglich der Pupillarsubstitut, so sollen die in tabulis primis und secundis angeordneten Vermächtnisse zusammengerechnet werden; oder, wie Ulpian in der L. 1. §. 1. D. *si cui plus, quam per ls. Falc.* sagt: „Neque interest, utrum in primis tabulis hoc fiat (nämlich plus quam licuerit legetur), an in pupillaribus, an in utrisque; etenim legem Falcidiam semel esse admittendam, etiamsi duplex sit testamentum, jam convenit, *contributis legatis*, tam his, quae ab ipso pupillo, quam his, quae a substituto relicta sunt." — Vrgl. Cujacius l. l. p. 761. *H.* Donellus l. l. p. 25. Pothier Pand. Justin. ad h. l. Tit. ad Leg. Falcid. Nr. 64.

59) §. 2. J. *de lege Falcid.* L. 30. pr. L. 73. D. *ad Leg. Falcid.* — Vrgl. Cujacius, Donellus, Pothier a. a. O.

laß, wohl aber der des Pupillen übermäßig belastet ist; er entscheidet ihn nach gleichen Grundsätzen. Der größeren Deutlichkeit wegen muß man sich das Vermögen des Vaters und das des Pupillen als ein ganz verschiedenes denken. — Angenommen also der Vater, welcher 100 im Vermögen hat, setzt sein Kind zum Erben ein, legt ihm die Zahlung von 75 an Vermächtnissen auf und substituirt demselben pupillariter, mit der Auflage an den Pupillarsubstituten, von dem Nachlasse des Pupillen ebenfalls 75 an Vermächtnissen zu zahlen. Gesetzt nun der Pupillarnachlaß beträgt im Ganzen nur 80, so darf der Pupillarsubstitut nicht etwa hievon die Quarte besonders abziehen, sondern er muß den aus dem väterlichen Nachlaß auf ihn gekommenen Ueberschuß von 25 mit hinzurechnen[60]). Die Worte: *quoniam pater legavit de suo* lassen sich füglich so verstehen: da aus des Vaters Nachlaß so viel, als zur Deckung des Viertheils erfordert wird, auf den Substituten gekommen ist, so darf man sagen: der Vater habe das, was er über Dreiviertheile des Pupillarvermögens an Vermächtnissen geordnet,

60) Der Ausdruck *suus quadrans* ist eigentlich nicht ganz passend, indem hier vielmehr von dem Viertheil die Rede ist, das der Pupill hätte abziehen können. Indessen ist kein Grund vorhanden, deshalb die Worte: suo quadrante als unächte zu behandeln, wie namentlich mit Goveanus (ad Leg. Falcid.) Voorda ad Leg. Falcid. c. XI p. 279. apill. Den Ausdruck suus quadrans gebraucht hier der Jurist, weil der Substitut durch den Eintritt in das Recht des Pupillen allerdings den von dem väterlichen Vermögen nach Bezahlung der Vermächtnisse übrig gebliebenen vierten Theil bereits erworben hatte. Donellus l. l. p. 28. Vrgl. hierbei Sintenis in der Anm. 87 zu seiner Uebersetzung dieser Stelle (Corp jur. Bd. 3. S. 652.)

eigentlich von dem Seinen gegeben[61]), und es ist nicht nöthig, hierin geradezu eine Anerkennung des alterthümlichen Rechtsgrundsatzes zu erblicken: das Vermögen des Pupillen sey fortwährend als das eigne des Vaters zu betrachten[62]). Den Zweifel: daß hier doch immer von einem doppelten Testamente, oder vielmehr einer doppelten Erbschaft die Rede sey, ein Erbe aber, dem verschiedene Erbschaften angefallen sind, von jeder die Quarte abziehen dürfe, beseitigt Papinian durch die Bemerkung: man müsse die Disposition aus dem Gesichtspunkte betrachten, als ob die dem Substituten auferlegten Vermächtnisse bereits in dem Theile des Testaments, welcher das väterliche Vermögen betrifft, angeordnet wären, m. a. W. der Vater verfügt hätte: er belaste den Substituten mit so viel Vermächtnissen, als überhaupt in dem Testamente angeordnet seyen, auf den Fall (oder unter der Bedingung), daß das Vermögen des Vaters und das des Pupillen an ihn kommen würde[63]).

B) Der Pupill ist enterbt. Ueber diesen Fall herrschten manche Streitigkeiten unter den alten Juristen[64]). Daß die Vermächtnisse insoweit giltig und wirksam waren, als dem Substituten aus dem väterlichen Nachlasse etwas zugewandt war, verstand sich nach allgemeinen Grund-

61) *H.* Donellus l. l. p. 29. J. G. Sammet Hermeneutik des Rechts (Leipzig 1801). S. 132.

62) Dies ist die Meinung Francke's, Notherbenrecht S. 461 fg.

63) *H.* Donellus l. l. p. 30. Sammet a. a. O. Francke a. a. O. S. 462.

64) S. hierüber *Edm.* Merillius expos. in 50. deciss. Justiniani. Nr. 37. (p. m. 415 sq.) *G.* Mascovius de sectis Sabinianorum et Procul. cap. IX. §. 4. p. 230 sq.

sätzen von selbst[65]). Die Streitigkeiten bezogen sich also auf die übrigen Fälle. — Einige nun behaupteten die unbedingte Giltigkeit solcher Vermächtnisse, da der Vater Kraft väterlicher Gewalt über das Vermögen des Kindes, wie über sein eignes, bis zum Eintritt der Pubertät wirksam verfügen dürfe[66]). Wäre das alte Rechtsprinzip mit Strenge und Consequenz beibehalten, so würde diese Ansicht auch den Vorzug verdienen; indessen mit der Modification: wenngleich die Pupillarsubstitution auf dem Testamente des Vaters beruhe, so habe sie doch ein ganz anderes Vermögen zum Gegenstande, vertrug sie sich keineswegs. Andere erklären daher Vermächtnisse dieser Art für ganz ungiltig[67]). Gebilligt ist in der Compilation Folgendes:

1) Wenn auch nur durch eine Substitution in dem väterlichen Testamente des Vaters Vermögen an den Pupillen kommt, so bestehen die auf die Pupillarverlassenschaft gelegten Vermächtnisse zwar insoferne, als an den enterbten Pupillen etwas aus des Vaters Nachlasse gekommen ist, weiter aber nicht[68]). So wird in einem Falle entschieden, wo der Vater von seinen beiden unmündigen Kindern das eine enterbt, das andere eingesetzt, diesem das enterbte, dem letzteren aber wieder einen Dritten pupillariter substituirt hatte. Als Grund für die Giltig=

65) S. die oben Note 50 angef. Stellen.

66) Direct läßt sich das Vorhandenseyn dieser Meinung aus den uns erhaltenen Quellen nicht mehr nachweisen; doch ergiebt sie sich aus den in mehreren Stellen sich findenden Zweifelsgründen. S. z. B. Merillius l. l. p. 417.

67) L. 126. D. *de leg. I.*

68) L. 11. §. 7. *ad Leg. Falcid.*

keit wird angeführt: „quum judicio patris facultates paternae per causam hereditariam ex substitutione ad eum perveniant;“ für die Beschränkung der Giltigkeit aber auf den Bestand des väterlichen Nachlasses: der Vater könne den Pupillarsubstituten nicht mit mehr belasten, als den, welchen er substituirte[69]). Dieser Grund beweis't hier allerdings zu viel, indem darnach auch in dem ersten Hauptfall (unter A.) dem Pupillarsubstituten das nämliche Recht hätte zugestanden werden müssen, wie dem Pupillen selbst. Man sieht indessen aus den Aeußerungen, welche in einigen weiter unten (zu Nr. 2) zu erwähnenden Stellen vorkommen, daß das odium exheredationis hierauf mit einwirkte. Zwar ist in der Stelle überall nicht ausdrücklich die Rede von dem Falle, wenn der Enterbte eignes (d. h. nicht vom Vater herrührendes) Vermögen hinterläßt; allein die Entscheidung umfaßt nothwendig auch diesen Fall mit. Durch Eintritt der Pupillarsubstitution kam die väterliche Verlassenschaft nämlich an den Enterbten, und auf ähnlichem Wege an den dritten Substituten. Soll sie nun als solche wirksam seyn, so muß sie auch auf das etwaige eigne Vermögen des enterbten Pupillen gehen, da aber ausdrücklich gesagt wird, der Substitut dürfe die Vermächtnisse nur entrichten soweit das väterliche Vermögen nach Abzug der Falcidischen Quart dazu hinreiche[70]), so folgt von

69) „Est igitur rationi congruens, ne plus juris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat;“ L. 87. §. 7. D. ad Leg. Falc.

70) L. 87. §. 7. D. cit. — „habita ratione legis Falcidiae in his bonis, quae pater mortis tempore reliquerit“ —.

selbst, daß derselbe das übrige Vermögen des Pupillen frey von Vermächtnissen erhalte. — Uebrigens macht der Jurist ausdrücklich darauf aufmerksam, daß selbst diese beschränkte Giltigkeit der Vermächtnisse alsdann nicht eintrete, wenn die Erbschaft nicht durch Substitution, sondern durch Intestaterbfolge oder auf andere Art (**per interpositam personam**) an den Enterbten komme. Also der Testirer ernennt den unmündigen Sohn A. zum Erben, enterbt den anderen (B.), und ernennt nur diesem, nicht auch dem Eingesetzten einen Pupillarsubstituten. Hiernächst stirbt A., und B. wird dessen Intestaterbe, vor Erlangung der Pubertät aber geht auch dieser mit Tode ab, so daß die Pupillarsubstitution eintritt: in diesem Falle sind die dem Pupillarsubstituten auferlegten Vermächtnisse durchaus ungiltig, weil der Enterbte nicht durch des Vaters Testament dessen Erbschaft erhalten hat, sondern durch das Gesetz. — Eben so in dem Falle, wenn der Vater einen Dritten einsetzte, sein Kind aber enterbte und demselben einen Pupillarsubstituten ernannte, der väterliche Erbe darauf das Kind zum Erben einsetzt und nachdem dieses die Erbschaft erworben hat, die Pupillarsubstitution in Wirksamkeit tritt[71]).

71) **L. 103. pr. D.** *de leg. III.* — In der Flor. u. a. Handschr. heißt es: „**Si pater exheredato filio** *substituit* **heredem extraneum.**" Daß aber entweder *instituit* gelesen werden müsse, oder etwas ausgefallen sey, bemerkt mit Recht Cujacius (**Obs. II. 32.**); denn daß die „**interposita persona**" (s. die **L. 87. §. 7. D.** *ad Leg. Falcid.*), durch welche die väterliche Erbschaft an den Pupillen gekommen ist, keine andere seyn kann, als der vom Vater eingesetzte Erblasser des Pupillen ist außer Zweifel. S. auch Pothier **in not. ad L. 87. §. 4. cit.**

2) Wenn dem enterbten Pupillen auch Vermächtnisse in dem väterlichen Testamente zugewandt sind, so soll dennoch dem Pupillarsubstituten kein Vermächtniß auferlegt werden. Denn unerachtet jene Vermächtnisse mit dem übrigen Vermögen des Pupillen an den Substituten kommen, so ist doch für diesen Fall die Regel: ab exheredati substituto inutiliter legatum datur (L. 125. §. 1. *de leg.* I.) ohne alle Modification geblieben; ein Anderes ist die, wenn auch nur mittelbare Zuwendung der väterlichen Erbschaft an den Enterbten, ein Anderes die Hinterlassung eines bloßen Vermächtnisses. „Nec huic contrarium est (nämlich: der Zuläßigkeit solcher Belästigungen, wenn der Enterbte durch Substitution das väterliche Vermögen erhalten hat), quod, quum exheredato pater *legatum* dederit, nihilo magis (um nichts mehr, d. h. nicht) substitutus legatis obligabitur, quia eo casu *non hereditatis paternae portio, sed legatum* ad eum pervenit"[72]). Die Größe der Vermächtnisse kommt hierbei überall nicht in Betracht, und eben so wenig ein Privilegium des Testirers, seine Notherben ganz unberücksichtigt lassen zu dürfen, weshalb denn selbst für einen Soldaten dies Recht gilt: „Si miles exheredaverit filium, vel sciens, eum filium esse, silentio praeterierit[73]), an legatum a substituto ejus dare possit? quaesitum est. Dixi, non

(Pand. Justin. de leg. et fideic. nr. 96.) u. SCHULTING et SMALLENB. ad L. 103. *de leg. III.* (T. V. p. 344.) — Vrgl. auch L. 103. §. 1. *de leg. III.*

72) L. 88. §. 7. D. *ad Leg. Falcid.*

73) Denn weiß er dies nicht, so ist die Enterbung ungiltig (L. 7. L. 36. §. 2. D. *de test. mil.*)

posse, licet ampla legata reliquerit“[74]). Festgestellt wurde dies Resultat übrigens erst durch eine oben (S. 375) bereits erwähnte Constitution Justinians[75]), die Compilatoren haben aber nur solche Stellen in die Pandekten aufgenommen, welche hiermit übereinstimmen.

§. 1453.

4) Wirkung der Pupillarsubstitution.

Der Pupillarsubstitut als solcher ist Erbe des Pupillen, er succedirt also in dessen Gesammtvermögen, gleichviel, aus welcher Quelle dasselbe geflossen ist. „Itaque — si quid — pupillo ex hereditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit“[76]). Es findet daher auch die Regel hier Statt: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, weshalb denn nur ein Soldat verfügen darf, daß der Substitut auf einen Theil (z. B. auf das vom Testirer selbst herrührende Vermögen) beschränkt seyn solle[77]). Doch kennt das röm. Recht mehrere, auf Bestimmungen und Grundsätzen des positiven Rechts beruhende Ausnahmen von der Regel, daß der Substitut in die Gesammtheit des dem Pupillen gehörigen Vermögens succedire. Von der einen war oben (S. 312 fg.) bereits die Rede: wenn der Pupillarsubstitut die solidi capacitas nur in Beziehung auf den Pupillen nicht auch in

74) L. 41. §. 1. D. *de test. mil.* (XXIX. 1.)

75) L 24. C. *de leg.* (VI. 37.)

76) §. 4. J. *h. t.* L. 10. §. 5. D. *h. t.*

77) L. 10. §. 5. D. *h. t.*

Beziehung auf den Vater hatte, so konnte er von dem väterlichen Vermögen nur so viel erhalten, als das Gesetz gestattete; war indessen der Pupill vom Vater enterbt, daneben aber demselben mittelbar vom väterlichen Vermögen etwas zugewandt, so hatte der Substitut daran eben so gut einen Anspruch, als an das sonst dem Pupillen erworbene Vermögen[78]). Man pflegt diese Bestimmungen jetzt auch auf die dem neuesten Rechte bekannten relativen Beschränkungen des Rechts zu erben anzuwenden[79]). — Die zweite Ausnahme findet sich in der folgenden Stelle von Ulpian ausgedrückt[80]): „In arrogato quoque impubere dicimus, ad substitutum ejus ab arrogatore datum non debere pertinere ea, quae haberet, si arrogatus non esset, sed ea sola, quae ipse ei dedit arrogator; nisi forte distinguimus: ut quartam quidem, quam omnimodo ex Rescripto D. Pii debuit ei relinquere, substitutus habere non possit, superfluum habeat. Scaevola tamen lib. X. quaestionum putat, vel hoc arrogatori permittendum; quae sententia habet rationem. Ego etiam amplius puto, et si quid beneficio arrogatoris acquisiit, et haec substitutum posse habere: utputa arrogatoris amicus vel cognatus ei aliquid reliquit.“ — Ob der adrogator überhaupt zur Pupillarsubstitution berechtigt sey? war vielleicht zweifelhaft[81]), und wenn man

78) L. 6. D. *h. t.* — „si exheredato esset substitutus, non impediri eum capere, *quasi a pupillo capia.*“

79) Vrgl. Westphal von Testamenten §. 688. u. Bd. 39. d. Comment. §. 1438 a.

80) L. 10. §. 6. D. *h. t.*

81) L. 22. §. 1. D. *de adopt.* (I. 7.) S. unten Note 99 und den dazu gehörigen Text.

den Ursprung dieses Rechts berücksichtigt, hatte dieser Zweifel auch seinen guten Grund. Es mußte bekanntlich der Adrogator bei der Adrogation unter Cautionsleistung versprechen, das Vermögen in dem Falle, wenn der Adrogirte vor der Pubertät sterben würde, denjenigen herauszugeben, welche ohne die Adrogation die nächsten Erben desselben gewesen seyn würden[82]. Hierin lag also eine sehr wesentliche Einschränkung des Rechts, durch das Kind zu erwerben, und zwar gerade für den Fall, in welchem dies Recht auch noch nach dem Tode des Vaters fortdauerte, nämlich wenn das Kind in der Unmündigkeit starb. Da indessen das Recht der väterlichen Gewalt dadurch doch immer nur beschränkt, nicht aber ganz aufgehoben war, so gestattete man auch dem Adrogator die Pupillarsubstitution, jedoch nur in Beziehung auf das von ihm selbst herrührende Vermögen, so wie auf dasjenige, was durch Liberalitätshandlungen solcher Personen an ihn gekommen war, welche nur durch ihr Verhältniß zu dem Adrogator hiezu veranlaßt waren.

Dabei entsteht aber die Frage: wenn der Adrogirte als impubes stirbt, erhalten alsdann diejenigen, welche ihn ohne Dazwischenkunft der Adrogation beerbt haben würden, das übrige Vermögen desselben als Erben, oder fordern sie es nur als Schuld? Nimmt man Ersteres an, so würde dies der Regel widerstreiten: **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest**, oder auch der: **nemo cum pluribus testamentis decedere potest**. Jenes in dem Falle, wenn die Intestaterben des Adrogirten (als solche) dessen Vermögen erhalten, dieses, wenn dasselbe an den vom natürlichen Vater

82) §. 3. J. *de adopt.* L. 18—20. D. *de adopt.*

des Kindes ernannten Pupillarsubstituten kommt; letzteres setzt aber auch noch eine andere Anomalie voraus, indem es im höchsten Grade regelwidrig erscheinen muß, eine Pupillarsubstitution noch bestehen zu lassen, nachdem der Pupill unter eines Anderen Gewalt gefallen ist, als Dessen, der in Folge der mehrmals erwähnten Fiction fortdauernd als Inhaber derselben betrachtet wird. Denn Mehreren kann nicht zu gleicher Zeit die väterliche Gewalt über das nämliche Individuum zustehen. Nichtsdestoweniger sind sehr große Juristen der Meinung, daß es sich wirklich also verhalte [83]). Auch scheinen dafür zwei Stellen ganz ausdrücklich zu sprechen [84]). Die erste lautet so: „**Causa cognita impubes arrogatus, decesserat. Quemadmodum legitimis heredibus auctoritate principali prospicitur vinculo cautionis, ita, si forte substituit naturalis pater impuberi, succurendum erit substituto; nam et legitimis heredibus futuris non aliae, quam utiles actiones praestari possunt**.“ — Allein bei genauerer Betrachtung dieser Stelle spricht dieselbe eigentlich das Gegentheil dessen aus, was man darin zu finden wähnt, oder: es

83) So namentlich Cujacius comment. in Lib. XXIX. Quaest. Papiniani, ad L. 40. D. *h. t.* (ed. Neapol. T. IV. p. 751 sq.) Früher stimmte ihm auch Schulting bei (not. ad Dig. ad L. 22. §. 1. D. *de adopt.* T. I. p. 144.) Von einer späteren Meinung desselben wird weiter unten (Note 88) die Rede seyn. — Die Meinung des Cujacius wird auch ausführlich vertheidigt von *Ed.* Caldera variar. lection. Lib. III. c. I. §. 16 sq., doch unsicher und ohne Consequenz; eben so von Westphal (von Testamenten §. 713.)

84) L. 40. D. *h. t.* L. 19. pr. D. *de adopt.*

liegt in ihr eine Anerkennung des Grundsatzes, daß weder die Intestaterben, noch die Pupillarsubstituten des leiblichen Vaters, in der Eigenschaft von Universalerben des Pupillen ihr Recht geltend machen können. — Es ist bereits erwähnt, daß der Adrogator Sicherheit bestellen mußte, das Vermögen des vor Erlangung der Pubertät mit Tode abgehenden Adrogirten denen herausgeben zu wollen, welche ohne die Adrogation die Nächsten dazu gewesen seyn würden (Note 82). Das Recht aus dieser Cautionsleistung bezog sich auf diese, da es sich aber noch nicht bestimmen ließ, welche Personen dies seyen, so wurde die Sicherheit einer persona publica bestellt, — früher einem servus oder libertus publicus[85]), die zu der res tabularia (zu den Schreiberdiensten, dem Archiv- und Rechnungswesen) gewöhnlich benutzt wurden[86]). Aber auch wenn diese Sicherheitsbestellung unterblieben war, so wurde dennoch eine utilis actio, wie wenn sie erfolgt wäre, gegeben[87]). Die Klage, wodurch dies Recht geltend gemacht wird, ist also nicht die hereditatis petitio, sondern directa oder utilis ex stipulatu actio, und gegeben wird sie wider den Inhaber des Pupillarvermögens, mithin gegen den Adrogator, oder nach dessen Tode gegen dessen Erben, welches denn auch der Pupillarsubstitut selbst seyn kann. Durch die (wirkliche oder fingirte)

85) §. 3. J. *de adopt.* L. 18. pr. D. eod. — Uebrigens wurde auch in anderen Fällen ein servus und libertus publicus benutzt, um für einen Pupillen zu stipuliren. L. 2. D. *rem pup. salv. fore.* (XLVI. 6.)

86) In der Folge wurde die Benutzung von servi zu diesem Zwecke verboten; L. 3. C. *de tabular.* (IX. 69.)

87) L. 19. §. 1. D. *de adopt.* „Quae satisdatio si omissa fuerit, utilis actio in arrogatorem datur.“

Sicherheitsbestellung erhalten die Intestaterben oder auch die vom leiblichen Vater des Unmündigen ernannten Erben ein bedingtes Recht auf dessen Vermögen, welches sie, wenn die Bedingung eintritt, in der Eigenschaft von Gläubigern geltend machen. Das durch die capitis diminutio des Adrogirten verloren gegangene Recht, als Intestaterben oder aus der väterlichen Pupillarsubstitution zu succediren, wird auch nie wieder hergestellt, sondern der Inhalt oder Gegenstand dieses Rechts nur durch eine besondere Obligatio erhalten[88]). Dies und nichts Anderes will der Jurist durch die Worte: „nam et legitimis futuris non aliae, quam utiles actiones dantur“[89]) ausdrücken. Utilis actio kann eine Klage in sehr verschiedenen Beziehungen heißen; am nächsten kommt aber allen und jeden in unseren Quellen davon sich findenden Anwendungen folgender allgemeine Begriff: es wird ihren materiellen Beziehungen noch eine Klage gegeben, ungeachtet für deren Anwendbarkeit strenge genommen die rechtlichen Bedingungen nicht vorhanden sind. Hiernach könnten also jene Worte allerdings bedeuten: wehngleich nach civilrechtlichen Begriffen das Erbrecht der Intestaterben u. s. w. vernichtet war, so wird es doch utiliter als vorhanden angenommen, oder durch die Caution

88) S. die von Smallenburg (ad L. 22. D. *de adopt.* not. 2. T. I. p. 145.) mitgetheilte handschriftliche Bemerkung Schulting's: „non opus cum Cujacio dicere, pupillum posse, vel testatum et intestatum decedere, vel duobus testamentis: *revera enim uno decedit testamento patris arrogatoris; sed reliqua bona illis, ad quos ea res pertinet, heres restituere tenetur vi cautionis.*“

89) L. 40. in f. D. *h. t.*

wieder hergestellt[90]). Allein Erneuerung eines zerstörten Erbrechts durch Cautionsleistung, — also durch einen Vertrag, ist nach civilrechtlichen Begriffen an sich schon nicht möglich (wegen der Unzuläßigkeit von Erbverträgen); es ist aber auch nicht der geringste Grund zur Annahme solcher Anomalien vorhanden, wie sie nothwendig angenommen werden müssen, wenn man unter utilis actio sich hier eine utilis *hereditatis petitio* denkt. Papinian will offenbar sagen: nicht blos für die Intestaterben ist hier gesorgt, sondern auch für den Pupillarsubstituten des leiblichen Vaters, und zwar wird Beiden auf gleiche Weise das Recht nur durch das Medium der Caution erhalten; denn auch die gesetzlichen Erben können nicht als solche ihr Recht geltend machen, sondern sie haben lediglich einen Anspruch auf den Gegenstand desselben, welchen das durch den Kaiser Antonin eingeführte außerordentliche Rechtsmittel ihnen sichert[91]).

90) So drückt sich wörtlich aus *a* Costa ad §. 3. J. *de adopt.* — S. auch Pothier ad tit. Dig. de vulg. et pup. subst. Nr. 52.

91) Uebereinstimmend ist auch Vivianus in dem casus zu dieser Stelle. Mit Unrecht macht übrigens *a* Costa a. a. O. der Accursischen Glosse den Vorwurf: sie verwechsle die utiles actiones, wovon in der L. 19. §. 1. D. *de ad.* die Rede ist (s. Note 87) mit den hier gemeinten. Die Klage aus der wirklich geleisteten Caution ist an und für sich directa actio und insoferne wird ihr die aus blos fingirter Caution entspringende als utilis entgegengesetzt; nach Zweck und Bedeutung — indem nämlich ein zerstörtes Erbrecht dadurch dem Gegenstande nach (materiell) erhalten wird, kann auch die aus wirklicher Cautionsleistung entstehende Klage nur als utilis a. betrachtet werden. — Vergl. hierbei meine Cession S. 153 fg. d. 3. A.

Indessen fehlte es auch nicht an einem ausdrücklichen Zeugnisse dafür, daß die Pupillarsubstitution des leiblichen Vaters durch Adrogation des Unmündigen erlösche. Nämlich bei Gelegenheit der Aufzählung von Vorsichtsmaßregeln und Beschränkungen, welche bei der Adrogation eines Unmündigen zu beobachten seyen, führt Ulpian auch folgenden Grund an: „ne esset in potestate tutorum, et finire tutelam, *et substitutionem a parente factam extinguere*"[92]). Materiell wurde dem Substituten aber sein Recht erhalten; wäre nun diese Erhaltung auf das Erbrecht selbst zu beziehen — oder die Erbeneigenschaft dem Substituten wiedergegeben — so würde Ulpian unmöglich hierin einen Behinderungsgrund der Adrogation haben erblicken können; wohl aber durfte er sich darauf berufen: es sey eine Handlung nicht zu begünstigen, wodurch die Ernennung eines *heres* — eines eigentlichen Erben — für das Kind (ein Recht der väterlichen Gewalt, worauf die Alten ein so großes Gewicht legten) vernichtet werde. Hiernach ist es denn auch klar, was derselbe Jurist meint, wenn er an einer anderen Stelle sagt: „His verbis satisdationis, quae ab arrogatore praestari debet: *ad quos ea res pertinet*, et libertatibus prospectum esse, quae secundis tabulis datae sunt, et multo magis substituto servo, item legatariis, nemo dubitat"[93]). Daß unter den secundae tabulae die Pupillarsubstitution des leiblichen Vaters verstanden werde, ist außer Zweifel. Wollte man aber diese Aeußerung auf Erhaltung des Erbrechts beziehen, so würde Ulpian offenbar mit sich im Wider-

92) L. 17. §. 1. D. *de adopt.*

93) L. 19. pr. D. *eod.*

spruche stehen. Nur der Inhalt der väterlichen Verfügung also soll gewährt und erfüllt werden, dieser aber ganz vollständig, mithin auch in Ansehung der darin giltig angeordneten Vermächtnisse und Freiheitsertheilungen. Uebrigens ist es eben so grundlos, wenn A. Faber aus dieser Stelle schließt, daß nur einem substituirten Sclaven, nicht aber anderen Pupillarsubstituten dies Recht zu Statten komme[94]), als wenn G. Noodt das *servo* (bei substituto) als überflüßig wegstreichen will[95]). Jenes wird durch die L. 40. *h. t.* sehr bestimmt widerlegt, die Erwähnung des Sclaven aber wurde durch die unmittelbar vorhergegangene Aeußerung veranlaßt. Ulpian deutet dadurch an, daß die Gründe, welche für die Erhaltung der Freiheitsertheilungen sprechen, noch eine Verstärkung dadurch erhalten, wenn der Vater einen seiner Sclaven so begünstigte, daß er ihn selber zum Pupillarsubstituten ernannte[96]).

Uebrigens ergiebt sich aus der oben angeführten Stelle Ulpians (L. 10. §. 6. D. *h. t.*), daß es von Einigen für zweifelhaft gehalten wurde, ob nicht auch die s. g. quarta D. Pii, welche der Adrogator einem enterbten Unmündigen hinterlassen mußte, von der Masse auszuscheiden sey, die der von ihm ernannte Pupillarsubstitut in Anspruch nehmen dürfe. Der Grund dieses Zweifels kann nur darin gesucht werden, daß diese Quarte gleichsam

94) Jurisprud. Papin. Tit. X. ill. XI. p. 485.

95) Noodt comment. in Dig. Tit. *de adopt.* (opp. T. II. p. 26. A.)

96) Vrgl. *Joh.* Altamiranus ad Lib. X. quaestion. Scaevolae. Tr. X. §. 6. (Meerm. T. II. pag. 502 sq.) Wieling lect. jur. civ. Lib. II. c. 8. p. 116 sq.)

als Schuld, aus dem Vermögen des Adrogirenden zu gewähren ist[97]). Jedoch entscheidet sich der Jurist mit Recht für das Gegentheil, indem ja überhaupt das Recht pupillariter zu substituiren durch Enterbung nicht aufgehoben wird, und was dem Pupillen aus diesem Grunde von der Verlassenschaft gebührt, immer nicht zu dem Vermögen gehört, welches er ohne Dazwischenkunft der Adrogation gehabt haben würde; nur auf dieses aber können seine früheren Erben Anspruch machen[98]).

Bemerkenswerth ist hierbei auch noch eine andere Stelle Ulpians[99]): „Sed an impuberi arrogator substituere posset? quaeritur. Et puto non admitti substitutionem, *nisi forte ad quartam solam, quam ex bonis ejus consequitur*, et hactenus, ut ei usque ad pubertatem substituat. Caeterum, si fidei ejus committat, ut quandoque restituat, non oportet admitti fideicommissum, quia hoc non judicio ejus ad eum pervenit, sed principali providentia." — Nach dem rein buchstäblichen Sinne dieser Stelle würde Ulpian sagen: der Adrogator könne nur in Beziehung auf die Quarte substituiren, was aber widersinnig und anderen Aeußerungen geradezu entgegen seyn würde. Pothier bemerkt bei den Worten ad quartam solam: *supple*, et ad omnia, quae ab adrogatore, aut contemplatione adrogatoris impuberi obtigerunt"[100]).

97) L. 2. §. 1. D. *fam. erc.* (X. 2.) L. 1. §. 21. D. *de collat.* (XXXVII. 6.)

98) Vrgl. Westphal von Testamenten §. 651.

99) L. 22. §. 1. D. *de adopt.*

100) Pand. Justin. Tit. de adopt. Nr. 81.

Der durch diesen Zusatz ausgedrückte Gedanke ist allerdings wahr[1]); allein ob Ulpian daran dachte? muß nach der ganzen Fassung der Stelle gar sehr bezweifelt werden. Vielleicht ist bei impuberi ausgefallen: *exheredato*; dadurch wird denn Alles verständlich und zusammenhängend. Schließt der Erblasser den Unmündigen ganz aus, so bleibt höchstens nur die **Quarta D. Pii** als Object der vom Adrogator herrührenden Pupillarsubstitution übrig. Aber auch nur dieser ist sie unterworfen, jede sonstige Belästigung (z. B. daß die Quarte als Fideicommiß nach bereits eingetretener Pubertät restituirt werde) ist ungiltig, in Folge des Grundsatzes, daß nur belastet werden darf, was der Testirer freiwillig aus seinem Vermögen Jemandem zuwendet[2]).

Regel ist also: der Pupillarsubstitut erhält das gesammte Vermögen des Pupillen, mag es demselben vom Vater zugewandt, oder aus anderen Gründen an ihn gekommen seyn; allein nicht blos hat er ein Recht darauf, sondern er muß es auch vollständig erwerben oder vollständig ausschlagen, indem Niemandem gestattet ist, eine Erbschaft nur theilweise zu erwerben[3]). Da indessen die Erbschaft des Vaters und die des Pupillen in so mancher Beziehung als getrennte Verlassenschaften betrachtet werden, so entsteht die Frage: ob nicht der Pupillarsub-

1) S. Cujacius ad Quaest. Papin. l. l. p. 753. Voet ad Pand. tit. de vulg. et pup. subst. §. 16.

2) arg. L. 67. pr. und §. 1. *de leg. II.* et L. 6. §. 1. *de leg. III.* — S. Fr. Balduinus not. ad Pand. h. l. (jurisprud. Rom. et Att. T. I. p. 808.)

3) L. 10. L. 35. pr. L. 80. §. 1. D. *de acq. her.* (XXIX. 2.)

stitut die eine ausschlagen und die andere antreten kann? Es sind hierbei folgende Fälle zu unterscheiden [4]):

I. Der Pupill ist von seinem Vater zum Erben auf das Ganze eingesetzt, auch Erbe geworden (und geblieben). Hier ist eine Trennung beider Massen unmöglich, indem das Vermögen des Vaters und das des Pupillen vollständig zu einem Ganzen verschmolzen sind. „**Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est; extitit patri filius heres: an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habére, aut neutrius: juncta enim hereditas coepit esse**“ [5]). — Wie nun aber, wenn der Pupill sich von der väterlichen Verlassenschaft losgesagt hat? Hierüber waren die römischen Juristen uneinig. Julianus vertheidigte die Negative; er hielt sich streng daran, daß der Substitut durch das väterliche Testament zu dem Ganzen berufen, daß ferner der abstinirende Pupill doch immer Erbe des Vaters geworden, das Recht zu entsagen aber ein nur zum Besten des **suus heres** eingeführtes sey, also von Anderen weder unmittelbar noch mittelbar in Anspruch genommen werden dürfe. Marcellus tadelt diese Ansicht, indem er noch darauf aufmerksam macht, daß es im Interesse des Pupillen sey, dem Substituten die Ausschlagung des väterlichen Nachlasses zu gestatten, da sonst zu befürchten sey, derselbe

4) Eine vollständige Zusammenstellung dieser Fälle versuchen *Thom.* Papillonius de subst. pup. c. IX. (Otto thes. T. IV. p. 750 sqq.) und Warnkönig in seiner und Roßhirt's Zeitschr. Bd. II. Abh. I.

5) L. 10. §. 2. D. *h. t.*

werde auch die Pupillarerbschaft ausschlagen; geschah dies, so konnte leicht auch in Beziehung auf diese Erbschaft die gehässige Maaßregel der **venditio bonorum** eintreten[6]). Für diese Meinung spricht denn auch der juristische Grund, daß durch die Abstention beide Erbmassen von einander getrennt werden, der Substitut also die väterliche Erbschaft gar nicht mehr in dem Vermögen des Pupillen findet; er ist aber nur als Erbe zu diesem Vermögen berufen[7]). Von Ulpian, welcher diese Controverse referirt, wird die Ansicht des Marcellus ausdrücklich gebilligt[8]): **„Julianus Lib. XXVI. Dig. scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere**[9]**), nisi substitutus ei fuit; inclinat enim in hoc, ut putet, substitutum etiam patris onera subiturum.** ***Quae sententia a Marcello recte notata est*****; impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem, metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit** (s. oben zu Note 6); **alioquin, inquit, et si frater fuit, omissa causa testamenti ab intestato possi-**

6) Vrgl. Pothier **Pand. Justin. ad** *h. t.* **Nr. 49.** (in der Note zu **L. 42. pr. D.** *de acq. her.*) u. Warnkönig a. a. O. S. 3. S. auch unten Note 10.

7) Warnkönig a. a. O.

8) **L. 42. pr. D.** *de acq. her.*

9) Also für den Fall, wenn der Pupillarerbe nicht Kraft der väterlichen Substitution, sondern **ab intestato** dem Pupillen succedirt, wird auch von Julian ausdrücklich anerkannt, daß die Abstention nicht blos für den Pupillen selbst, sondern auch für dessen Erben wirksam sey.

debit hereditatem, et quidem impune; nec enim videtur voluisse fraudare edictum, qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur[10]). Sed quod in fratre scripsit, credo ita intelligendum: si non impuberis frater fuit, sed testatoris; caeterum utique si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet[11a]).

10) Also, wenn auch nicht gerade eine bonorum venditio eintritt, so wird es doch zur Intestaterbfolge kommen, auch alsdann, wenn der Substitut selber der nächste Intestaterbe ist, indem er nicht wider das Edict des Prätors: si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo rem possideat verstößt, wenn er die Erbschaft des Testirers ausschlägt, weil er ja Erbe des Pupillen, dieser aber zur Uebernahme der auf der väterlichen Erbmasse haftenden Schulden nicht verpflichtet ist (vergl. L. 77. §. 31. D. *de leg. III.* L. 6. §. 3. D. *si quis omissa c. test.* XXIX. 4.) Jenes Edict ist freilich nur zum Besten der Vermächtnißnehmer eingeführt, weshalb denn A. Faber (Error. Pragmat. Dec. XXXII. error. 3.) glaubt, daß Ulpian hier auch nur an die in dem väterlichen Testamente angeordneten Vermächtnisse gedacht habe. Anderer Meinung ist Cujacius (obs. Lib. XVIII. c. 8.) und in der That wird es sowohl aus dieser, als aus einer anderen Stelle (L. 40. D. *de acq. her.*) sehr wahrscheinlich, daß auch den Gläubigern des Testirers in gewissen Fällen eine Klage wider den Erben gegeben sey, welche die testamentarische Verlassenschaft ausschlug, um sich dadurch nicht zu belästigen. S. unten die Erklärung der L. 40. cit. S. 430 fg.

11a) Auch die Schlußworte dieser Stelle haben zu den verschiedensten Deutungen Anlaß gegeben. Soviel ist gewiß, daß der Jurist hier an einen der Gewalt des Testirers unterworfenen Bruder des Unmündigen denkt; dieser war ipso

Dasselbe Resultat stellt sich aus einer Stelle von Javolenus heraus, welchen man gewöhnlich für einen Vertheidiger der Ansicht Julians hält [11b]); ob mit Recht? wird sich aus der folgenden Erklärung ergeben. Sie ist aus dem Lib. I. epistolarum Javoleni [12]), enthält also eine Anfrage nebst der darauf gegebenen Antwort. Die erstere lautet so: „Paterfamilias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem; is filius paterna hereditate se abstinuit, ideoque bona patris venierunt (also es kam zum Concurs über den väterlichen Nachlaß). Postea filio hereditas obvenit,

jure Erbe seines Vaters wie seines Bruders, dem er pupillariter substituirt wurde (L. 10. §. 1. D. *h. t.*) In Beziehung auf einen solchen Substituten dachte man sich die Verlassenschaft des Vaters und die des Pupillen als ein unzertrennliches Ganze, und nur das stand zur Frage, ob er nicht ebenfalls durch Abstention beide Erbmassen trennen dürfe, was indessen doch selbst in dem Falle angenommen wurde, wenn er vom Vater eingesetzt war (L. 12. D. *h. t.*). Hiernach will also Ulpian wohl sagen: Marcellus dachte hier nur an einen Erben, der erst durch Antretung die Erbschaft erwirbt, oder nicht ipso jure Erbe ist. Damit verträgt sich für den necessarius heres die Möglichkeit sehr wohl, von der nämlichen Rechtswohlthat Gebrauch zu machen, wodurch auch der Unmündige selbst sich von der väterlichen Erbschaft wieder lossagen konnte. Vrgl. *Fr.* Balduinus de jure novo. Lib. III. (Juris pr. Rom. et Att. T. I. p. 1135.) u. *A.* Faber (Error. Pragm. Dec. XXXII. err. 4.) der auch hier wieder einen Tribonianismus findet.

11b) S. z. B. *A.* Faber Error. Pragm. Dec. XXXII. Err. 1. p. m. 352. Schulting in not. ad Dig. ad L. 42 pr. D. *de acq. her.* T. V. p. 137.

12) L. 28. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII. 5.)

qua adita decessit: quaero, quum Praetor in ipsum pupillum, quamvis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret, an in substitutum creditoribus patris danda sit actio, quum ex bonis paternis, quae scilicet ad creditores missos ad (in) bona pertinent, nihil acquirat, et quum creditores nihil juris in bonis pupilli habuerint, eorumque nihil interfuerit, adiretur nec ne pupilli hereditas, quum ea bona omissa[13]) a substituto hereditate ad creditores non pertinebant[14]). Me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet, unum esse testamentum." — Bis dahin geht die Anfrage (wie aus dem folgenden *Respondit* u. s. w. sich ergiebt). Die Worte: quum — bis pertinebant enthalten Zweifelsgründe gegen die Ansicht, wonach der Pupillarsubstitut entweder die väterliche Erbschaft mit den Schulden übernehmen, oder auf das Ganze verzichten muß: der Pupill selber (dessen Erbe ja der Substitut werde) sey doch zur Bezahlung der väterlichen Schulden nicht verpflichtet, die Gläubiger hätten an sich auch gar kein Interesse dabei, ob der Substitut die Pupillarverlassenschaft annehme oder nicht, indem es ja außer Zweifel sey, daß, wenn er diese ausschlage (mithin es zur Intestaterbfolge komme), die Gläubiger daran keinen Anspruch machen dürften. Indessen (fügt er hinzu), mache

13) So ist offenbar mit Haloander, Statt der gewöhnlichen Lesart admissa zu lesen.

14) Hat hier die Bedeutung von pertinuissent. Doch ist dies noch kein Grund zur Emendation, wie Jensius in den strict. ad Pand. p. 441 sq. meint. S. dagegen *van* Alphen in novo thes. diss. jur. Belg. ed. Oelrichs Vol. III. T. I. p. 36.

es ihn bedenklich[15]), daß nach der Ansicht der Secte des Sabinus[16]) beide Verlassenschaften durch ein Testament deferirt würden. — Nun folgt die Antwort des Javolenus: „Respondit: quod Praetor filio, qui a paterna heredate se abstinet, praestat, ne bonis patris ejus venditis in eum actio detur, tametsi postea ei hereditas obvenit — —, idem in substituto filio (filii) herede servandum non est, quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris, quam ejus bona veneant[17]). Itaque in id, quod postea ei obvenit, actio creditoribus denegatur, quia id ex adventicio (d. h. von einem Dritten) acquisitum est, non per patrem ad eum pervenit. At quum substitutus filio hereditatem adiit, postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati, tunc hereditas et patris et filii una est, et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur; et quemadmodum liberum ei non est post obligationem, ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona veneant, ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit; quo casu efficietur, ut creditoribus in eum actio dari debeat. Quodsi substitutus heres hereditatem non adierit, creditoribus patris in id, quod pupillus reliquit, actio dari non

15) Dies ist offenbar der Sinn des Satzes *movet me* u. s. w. S. auch die deutsche Uebers. dieser Stelle (von Treitschke) Bd. IV. S. 386.

16) Denn zu diesen gehörte auch Javolenus, L. 2. §. 47. D. *de O. J.*

17) d. h. das Recht zu abstiniren ist zur Erhaltung der Ehre des Kindes eingeführt, damit nämlich nicht der Concurs in seinem Namen eröffnet werde.

debet, quoniam neque pupilli bona venire debent propter aes alienum patris, neque in bonis patris est, quod pupillus adquisivit.“

Allerdings scheint der wörtliche Ausdruck dieser Stelle dafür zu sprechen, daß Javolenus die Sache eben so angesehen habe, wie Julian; denn die Conjectur mancher Ausleger, daß in dem Satze: **idem in substituto —— servandum *non* est**, die verneinende Partikel zu tilgen sey[18]), wenn es dafür gleich an handschriftlicher Autorität nicht ganz fehlt[19]), muß doch, wenn man die einzelnen Aeußerungen dieser Stellen ihrem inneren und äußeren Zusammenhange nach ins Auge faßt, für durchaus verwerflich erklärt werden: es wird nämlich ausdrücklich erklärt, daß eine Verschiedenheit zwischen dem Pupillen selbst und dem Substituten bestehe, und aus welchem Grunde sie bestehe[20]). Nimmt man indessen an, daß Javolenus wirklich der Ansicht Julians zugethan gewesen sey, so würde in der That eine Antinomie zwischen dieser Stelle und der **L. 42.** cit. vorhanden seyn, indem der Jurist in dem ganzen folgenden Theile bis zum Schlusse dabei beharrt, es finde sich allerdings ein Unterschied zwischen dem Rechte des Pupillen und dem des Substituten: nur wenn dieser die Erbschaft gar nicht erwerbe (heißt es am Ende), werde das Vermögen des Pupillen den Ansprüchen der Gläubiger nicht unterworfen.

18) S. ***Henr. a*** **Suerin repet. lect. jur. c. 40.** (bei **Otto Tom. IV. p. 84.**) ***H.*** **Brenchmann Tr. de eurematicis. c. 7. §. 6. Nr. 6.**

19) S. **Gebauer** in seiner Ausg. **ad h. l.**

20) **Jauchius medit. crit. de negationib. Pand. Flor. pag. 60.**

Wenn es nun hiernach höchst bedenklich erscheint, ohne eine durchaus bestimmte Erklärung (woran es aber fehlt) einen Dissens Javolen's anzunehmen, so dürfte wohl jede den Worten nicht widerstreitende Erklärung, wodurch der anscheinende Widerspruch entfernt wird, den Vorzug verdienen. Berücksichtigt man nun, daß die römischen Juristen sehr gewöhnlich ihre Entscheidungsgründe nur versteckt ausdrücken, d. h. auf die aufgeworfenen Fragen nicht direct antworten, so wird man nicht in Abrede stellen können, daß unsere Stelle ohne Zwang folgende Erklärung leide: die zur Entscheidung vorgelegte Frage bezog sich auf einen Fall, wo der zum alleinigen Erben eingesetzte Pupill abstinirt hatte, und nun der Substitutionsfall eintrat. Die Antwort lautet so: zwischen dem Rechte des Pupillen und dem des Substituten findet sich allerdings ein erheblicher Unterschied. Nur jener kann abstiniren, dieser kann es nicht. Hat sich daher der Pupill eingemischt — d. h. hat er die väterliche Verlassenschaft angenommen [21]) — so muß nunmehr auch der Sub-

21) Zwar konnten minderjährige sui heredes wider die Immixtion restituirt werden (L. 11. L. 57. pr. D. *de acq. her.* XXIX. 2. L. 7. §. 5. D. *de min.* IV. 4.) Allein da hier Alles darauf gestellt wird, daß der Pupill sich immiscirt habe, so muß dabei natürlich an eine wirksame Immixtion gedacht werden. — *A.* Faber (conjectur. Lib. II. c. 2.) hält die Worte: postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati für ein bloßes Glossem, das durch die Abschreiber in den Text gekommen sey. Ihm pflichten Mehrere bei, unter Anderen auch Pothier (ad h. t. Nr. 49., wo sich übrigens gute Bemerkungen gegen die Auslegung von Cujacius finden, der die ganze Frage auf seinen Fall bezieht, in welchem der Pupill nach bereits erfolgter Einmischung abstinirt hatte;

stitut beide Erbschaften annehmen oder beide ausschlagen, und nur, wenn letzteres geschieht, bleibt das Pupillarvermögen von den Ansprüchen der Gläubiger frey. — So hängt Alles sehr gut zusammen. Der Jurist ist weder mit sich, noch mit der practisch gebilligten Ansicht in irgend einem Widerspruch: er erklärt sich nur nicht ausdrücklich und direct auf die vorgelegte Frage, indirect verneint er sie aber sehr deutlich, indem er sich blos über den Fall äußert, wo eine Verschiedenheit der Rechte des Pupillen und seines Substituten wirklich vorhanden ist [22].

II. Der Pupill wird enterbt, auch der Substitut in dem väterlichen Testamente nicht eingesetzt. In diesem Falle sind beide Erbschaften von vorn herein ganz getrennt. Kann oder will der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht

auf die rechtliche Wirkung kann dies ja unmöglich von Einfluß seyn). Nach der im Texte gegebenen Erklärung sind aber jene Worte gerade hier sehr wesentlich.

22) Zu den Auslegern dieser Stelle, welche bei Schulting und Smallenburg ad h. l. (T. VI. p. 498 sq.) genannt werden, ist besonders noch hinzuzufügen die Accursische Glosse ad h. l. (welche in den glossirten Ausg. als L. 13. D. *de privil. creditor.* XLII. 6.) gefunden wird, wo alle möglichen Ansichten späterer Interpreten schon angedeutet werden. Eine Auctorität für die von mir gegebene Erklärung kann ich nicht anführen. Auch Warnkönig a. a. O. S. 2. nimmt einen Dissens zwischen Javolenus und Marcellus an. In dem kurzen Auszuge, welchen die Basiliken (Tit. de reb. auct. jud. poss. IX. Tit. 7. Fr. 27. ed. Heimb. I. p. 472.) von dieser Stelle geben, wird übrigens eine unbedingte Verbindlichkeit des Substituten, welcher die Verlassenschaft des Pupillen angetreten hat, die väterlichen Schulden zu zahlen, anerkannt.

haben, so kommt dieselbe zwar an den Pupillen, als nächsten Intestaterben, allein es erlischt auch die Pupillarsubstitution [23]). Ein Gleiches war auch der Fall, wenn die Enterbung nach Grundsätzen des alten Civilrechts nicht bestehen konnte, oder auch des Vaters Testament durch querela inofficiosi testamenti vollständig rescindert wurde [24]). Nach der Nov. 115. dagegen steht eine ungiltige Enterbung dem Rechtsbestande der Substitution nicht weiter im Wege [25]) und es kann also hierbei wieder die Frage aufgeworfen werden, ob der Substitut die väterliche Erbschaft auszuschlagen und sich auf die des Pupillen zu beschränken berechtigt sey. Dabei ist es denn an sich ganz gleichgiltig, ob man das Impugnations- (das s. g. Inoffiziositäts-) System für richtig hält, oder das Nullitätssystem, außer daß im ersten Falle dem Pupillen die väterliche Erbschaft erst erworben wird, wenn die Anfechtungsklage durchgesetzt ist, im letzteren aber der Erwerb ipso jure eintritt, wenn der Notherbe nur den Anfall erlebt [26]). Auch in diesem Falle kann natürlich der Pupill auf die väterliche Verlassenschaft verzichten (oder abstiniren) und alsdann tritt das unter der vorigen Nr. bestimmte Recht ein, d. h. Gegenstand der Pupillarsubstitution ist lediglich die Erbschaft des Pupillen.

23) L. 2. §. 1. D. *h. t.* L. 10. §. 4. eod. — „nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas."

24) §. 5. J. *h. t.* — L. 8. §. 5. D. *de inoff. test.* — S. oben §. 1452. Note 43. S. 391.

25) S. Bd. 37. des Comment. §. 1425 b. S. 286 fg. Nr. 3. und oben S. 378. fg.

26) Das Nullitätssystem ist von mir vertheidigt Bd. 37. des Comment. S. 245 — 283.

Wird aber der Pupill (gleichviel, ob durch eine ausdrückliche Erklärung oder ipso jure) des Vaters Erbe, so erfordert die Consequenz, dem Substituten eine Trennung der Verlassenschaften nicht zu gestatten. Denn aus welchem Grunde der Pupill die väterliche Erbschaft erworben hat, ist gleichgiltig[27]), immer ist hier der Grundsatz entscheidend: **juncta hereditas coepit esse,** oder **hereditas et patris et filii una est**[28]).

III. Der Pupill ist enterbt, der Pupillarsubstitut aber auch in des Vaters Testament eingesetzt. Hat nun der Vater ihn zum alleinigen Erben ernannt, ihm auch selbst keinen Substituten gegeben, so bleibt demselben natürlich keine andere Wahl, als entweder mit der Verlassenschaft des Pupillen auch die des Vaters anzunehmen, oder auch auf die erstere zu verzichten, indem, wenn er nicht Erbe des Vaters werden will, das Testament als destitutum, seinem ganzen Inhalte nach über den Haufen fällt[29]). Ist ihm aber ein Substitut ernannt, der auch die von dem Pupillarsubstituten ausgeschlagene väterliche Verlassenschaft wirklich annimmt, so sind wieder beide Erbmassen völlig getrennt; und ein Gleiches tritt ein, wenn er mit einem Anderen als Erbe in des Vaters Vermögen eingesetzt ist und der Miterbe antritt. Denn schlägt nunmehr auch der Pupillarsubstitut seinen Antheil

27) arg. L. 2. §. 1. in f. D. *h. t.* „Plane si omissa causa principalis testamenti ab intestato possideatur hereditas, dicendum est, et pupillo substitutum servandum."

28) L. 10. §. 2. D. *h. t.* L. 28. D. *de reb. auct. jud. possidend. XLII.* 5.

29) L. 10. §. 4. D. *h. t.*

aus, so kommt dieser jure accrescendi an den Miterben und es ist das Resultat alsdann ganz das nämliche, wie wenn der Miterbe zum alleinigen Erben ernannt wäre. — Indessen nahmen Manche an, daß der Substitut, auch wenn ihm nur ein Theil des väterlichen Nachlasses zugewandt sey, stets den Ansprüchen der väterlichen Gläubiger ausgesetzt bleibe, falls er nicht die Pupillarverlassenschaft ebenfalls ausschlage. Auch hier ist die entgegenstehende Ansicht des Marcellus angenommen. Ulpian referirt sie, nebst der gemißbilligten in folgender Stelle[30]: „Quaesitum est, an, licet quis paternae heredatis nihil attingat, aliquid tamen propter patrem habeat, vel faciat[31]), an creditoribus paternis cogatur respondere: utputa si impuberi fuerit substitutus[32]). In qua specie Julianus Lib. XXVI. Digestorum scripsit, incidere eum in edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati[33]): nam, qui

30) L. 40. D. *de acq. her.*

31) Diese Worte beziehen sich auf die Pupillarsubstitution, welche der Substitut dem väterlichen Testamente verdankt; vel faciat: d. h. wenn er eine Handlung vornimmt, die als Antretung der Pupillarverlassenschaft angesehen werden kann. S. Cujacius in lib. III. Qu. Papin. ad L. 12. D. *h. t.* ad. Neapol. T. IV. p. 87.) Indessen glaubt Cujacius (gegen die Autorität der Handschriften und Editoren), daß für faciat gelesen werden müsse: *capiat*, und ihm stimmen Andere bei; namentlich Pothier Pand. Just. ad tit. de acq. her. Nr. 81.

32) Nämlich nur unter dieser Voraussetzung konnte die Frage aufgeworfen werden.

33) Es ist auch hier, wie in der L. 42. D. *de acq. her.* das edictum: si quis omissa causa testamenti gemeint. S. Cujacius obs. Lib. XVIII. c. 8. und oben S. 421. Note 10.

judicium patris oppugnaverit, non debet ex eadem heredate quidquam consequi[34]). Sed Marcellus eleganter distinguit: multum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento, an ex parte, ut, si ex parte, potuerit sine metu, remota patris successione impuberis hereditatem amplecti." Es versteht sich Letzteres aber immer unter der Beschränkung, wenn ein Miterbe Erbe geworden ist; denn sonst würde die Sache in dieselbe Lage kommen, wie wenn der Substitut als heres ex asse eingesetzt ist[35]).

Uebrigens wird in einer Stelle aus dem vierzigsten Buche von Julians Digesten[36]) nach den nämlichen Grundsätzen ein anderer Fall entschieden: wenn der im väterlichen Testamente eingesetzte Pupillarsubstitut, welchem die Restitution des väterlichen Nachlasses auferlegt ist, die Antretung verweigert, so verliert er das Recht auf die Erbschaft des Pupillen unbedingt, falls die Substitution so angeordnet ist: quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto — mit andern Worten, falls er unter der Bedingung, wenn er Erbe des Vaters werden würde, pupillariter substituirt ist. Ohne die

34) Weil nämlich der Substitut durch des Vaters Testament auch zum Erben des Pupillen ernannt ist, so sollen nach dieser strengen Ansicht Julians beide Verlassenschaften als una hereditas angesehen werden; der Substitut also, welcher die väterliche Erbschaft nicht haben will, erklärt sich gegen das Testament: judicium patris oppugnat. Cujacius ad Papin. l. l. (ed. Neapol. T. IV. p. 87. 88.) Pothier in not. ad h. l.

35) S. Cujacius a. a. O. u. *Fr. Mars.* Gordonius praetermiss. jur. civil. cap. 13. (in Otto thes. T. II.

36) L. 27. §. 2. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.)

Hinzufügung einer solchen Bedingung nun kommt es darauf an, ob der Pupillarsubstitut zum alleinigen Erben vom Vater ernannt ist, oder ob er einen Miterben hat; in jenem Falle büßt er seinen Anspruch auf die Pupillarverlassenschaft ein, in diesem bleibt ihm sein Recht darauf, wenigstens alsdann, wenn sein Miterbe die väterliche Erbschaft erwirbt. — Ob der Jurist seine in einem früheren Buche der Digesten ausgesprochene Ansicht (s. **L. 42. pr. D.** *de acq. her.*) inzwischen geändert hatte, — ob eine wesentliche Verschiedenheit der Fälle ihm darin zu liegen schien, daß in dem zuletzt erwähnten die Restitution der väterlichen Verlassenschaft dem Substituten auferlegt war, — ob vielleicht Tribonians ändernde Hand hier im Spiele war? — dies Alles müssen wir hier auf sich beruhen lassen, da völlige Gewißheit hierüber sich schwerlich erlangen läßt[37]).

Eine Befugniß, die väterliche Erbschaft ohne die des Pupillen zu erwerben, wird dem zum Erben des Vaters ernannten Pupillarsubstituten aber ganz allgemein, abgesprochen, d. h. hierbei ist es ganz gleichgiltig, ob der Substitut allein eingesetzt ist, oder Miterben hat. Es geht dies eben so wenig an, als es möglich ist, einen Theil der Erbschaft zu erwerben und den anderen auszuschlagen. Das Verhältniß ist genau dasselbe, als wenn Jemand allein zum Erben eingesetzt ist, aber für einen Theil unbedingt, für den anderen unter einer Bedingung, indem ein solcher Erbe, wenn er überhaupt antritt, stets

37) A. Faber benutzt diese Stelle zur Begründung seiner Meinung, daß zwischen Julian u. Marcellus ein Dissens eigentlich nicht Statt gefunden habe; **Err. Pragm. Dec. XXXII. Err. 1. p. m. 350. 351.**

heres ex asse ist[38]), — oder wenn ein Miterbe dem andern substituirt wird, da auch hier, wenn überhaupt nur zwei Miterben eingesetzt sind, der Eintritt des Substitutionsfalls ganz die Wirkung des gesetzlichen Anwachsungsrechts hat[39]), oder wenn mehrere Miterben vorhanden sind, wenigstens für den Fall, wenn derjenige, welcher seinen Theil erworben hat, den Substitutionsanfall erlebt[40]). — Hat daher der Pupillarsubstitut die väterliche Erbschaft angetreten, so muß er nicht nur auch die des Pupillen annehmen, sondern wenn der Substitutionsfall auch erst nach seinem Tode eintritt, so gehört die Verlassenschaft des Pupillen von selbst zu der bereits erworbenen väterlichen, gerade so, wie auch das jus accrescendi nach dem Tode eines Erben von selbst und mit Rechtsnothwendigkeit wirksam wird. Hierüber äußert sich Neratius wie folgt: „Qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem ejus praetermittere. Quod sic recipiendum est, etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit (d. h. dies ist selbst in dem Falle anzunehmen, wenn u. s. w.); nam is, qui heres extiterit, pupillo quoque heres necessario erit. Nam si ipsum invitum obligat, conjungi eam paternae hereditati, et accrescendi jure acquiri cuicunque patris heredi, existimandum est"[41]). — Dem Schlußsatz (Nam si u. s. w.) liegt folgender Gedanke zu Grunde: wenn der Substitut durch

38) L. 52. §. 1. D. *de acq. her.*

39) L. 35. pr. D. *de acq. her.*

40) L. 81. D. *de acq. her.* — S. oben S. 322 fg.

41) L. 59. D. *de acq. her.*

den Antritt der väterlichen Erbschaft verpflichtet wird, auch die des Pupillen anzunehmen, so beruht dies offenbar darauf, daß die Pupillarverlassenschaft mit der des Vaters als zu einem Ganzen verbunden gedacht werden muß, mithin, gleichsam wie durch das Recht der Anwachsung, von selbst an den kommt, welcher den väterlichen Nachlaß erworben hat[42]). — Indessen hat man von jeher großen Anstoß daran genommen, daß ein von dem väterlichen an sich ganz verschiedenes Vermögen **jure accrescendi** an den Erben des Vaters kommen solle[43]). Es ist auch nicht zu läugnen, daß durch diese Vorstellung mancherlei Mißverständnisse veranlaßt werden können, zumal wenn man die Schlußworte des Neratius: „**accrescendi jure acquiri** ***cuicunque patris heredi***" buchstäblich versteht. Denn hiernach würde auch der nicht substituirte Erbe des Vaters, wenigstens alsdann, wenn überhaupt eine Pupillarsubstitution angeordnet ist, die Verlassenschaft des Pupillen erhalten können, ja müssen. Z. B. die testamentarische Verfügung lautet so: A. und B. sollen meine Erben seyn; den A. ernenne ich auch zum Erben meines Sohnes, wenn dieser vor Erlangung der Pubertät mit Tode abgehen sollte[44]). Nach der Vorstellung nun: die Erbschaft des Pupillen accrescirt der des Vaters, — würde nun, falls A. aus-

42) S. Pothier ad h. l. tit. de acq. her. nr. 68. Madihn diss. cit. §. 21. in f.

43) S. A Faber error. Pragmat. Dec. XXXI. Err. 6. p. m. 320. — Baumeister das Anwachsungsrecht unter Miterben §. 17 a. E. S. 146.

44) Es ist hier ganz einerlei, ob man sich den Sohn als enterbt oder als miteingesetzt denkt.

schlägt, der B., welcher jetzt alleiniger Erbe des Vaters ist, auch die Pupillarverlassenschaft haben müssen; und in der That scheint dies Neratius zu sagen. Da dies aber mit den anerkanntesten Rechtsgrundsätzen im Widerspruche stehen würde, so müssen wir die Worte: cuicunque patris heredi in einem beschränkteren Sinne verstehen; der Jurist will hier nur die Aehnlichkeit mit der Wirkung des gesetzlichen Anwachsungsrechts hervorheben, hat im Uebrigen solche Erben des Vaters vor Augen, welche ebenfalls pupillariter substituirt sind[45]). Vollends aber begriffsverwirrend, und darum zu tadeln, ist es, wenn man auf den Grund dieser Stelle von einer Transmission der Pupillarsubstitution spricht[46]); gäbe es eine solche, so würde ja der Erbe des Substituten auch alsdann ein Recht auf die Pupillarsubstitution haben, wenn sein Erblasser, ohne Erbe des Vaters geworden zu seyn, vor dem Pupillen mit Tode abgienge! Und dennoch liegt etwas Wahres in der Vorstellungsweise des Neratius. Wenn der Vater über seine Verlassenschaft und über die des Unmündigen zum Besten des nämlichen Subjects verfügt, so ist jedenfalls eine Einheit (eine Ungetheiltheit) der väterlichen Willenserklärung vorhanden, welche aufgehoben werden würde, falls der Erbe und Substitut beide Vermögen trennen würde; es ist daher nur consequent, daß dieß eben so wenig angehen soll, wie wenn Jemand zum Erben in demselben Vermögen, aber theilweise unbedingt, theilweise bedingt ernannt ist[47a]), weshalb denn

45) *A.* Faber l. l. p. 320.

46) Auch dagegen erklärt sich mit Grund A. Faber a. a. O. u. err. 7. ejusd. Dec. p. m. 324 sq.

47 a) L. 52. §. 1. L. 53. pr. D. *de acq. her.*

die Vergleichung mit dem Anwachsungrechte für beide Fälle sehr passend ist. Der Rechtssatz selbst: wer die väterliche Erbschaft angenommen hat, darf als Pupillarsubstitut auch die Verlassenschaft des Pupillen nicht ausschlagen, und selbst wenn er den Substitutionsanfall nicht erlebt, bleibt die Pupillarsubstitution wirksam, — hat auch kaum einen Widerspruch erfahren [47b]); die neueren Juristen tragen ihn gewöhnlich als Modification der Regel vor: die Substitution erlösche, wenn der Substitut vor dem Pupillen mit Tode abgehe [48]). Ob der Pupille selbst zum Erben mit eingesetzt ist, oder nicht, muß hierbei für gleichgiltig gehalten werden, und es ist daher auch eine durchaus unnöthige Voraussetzung, daß Neratius von einem Falle handle, wo der Pupillarsubstitut neben dem Pupillen eingesetzt war [49]). Uebrigens ist es sehr wohl möglich, daß die Streitigkeiten der röm. Juristen, welche Justinian entscheidet [50]), sich auf beide Fälle bezogen, worauf aber

47 b) Indessen Warnkönig a. a. O. S. 5. ist anderer Meinung, weil er die L. 59. cit. auf den Fall bezieht, wenn auch der Pupill eingesetzt und des Vaters Erbe geworden ist (s. Note 49). Allein der Jurist spricht ganz allgemein und der von ihm angeführte Grund läßt eine andere Entscheidung nicht zu, als die obige.

48) S. Schweppe (oder Meier) das röm. Privatrecht, Bd. V. §. 812. S. 113. Not. 4. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 464. (§. 90.) Note IV.

49) Dies wird jedoch von Vielen angenommen, z. B. in der Accursischen Glosse ad h. l.; ferner von Papillonius de pup. subst. c. 9. (Otto T. IV. p. 751.) u. unter den Neueren Warnkönig a. a. O. S. 4. — S. dagegen A. Faber l. l. p. 324.

50) L. 20. C. *de jure delib.* (S. die folg. Nr. IV.)

hier nichts ankommt[51]). Eben so wenig ändert es etwas an dem bisher vorgetragenen Resultate, daß etwa der Substitut nicht allein, sondern mit einem Dritten zur väterlichen Erbschaft berufen ist; er würde alsdann zwar diese ausschlagen können, nicht aber, wenn er einmal des Vaters Erbe geworden ist, den Nachlaß des Pupillen, indem dieser nur mit seinem Theile, nicht auch mit dem seines Miterben verbunden ist.

Wie aber, wenn beide Miterben pupillariter substituirt, und beide des Vaters Erben geworden sind? Hier muß in Gemäßheit allgemeiner Grundsätze unterschieden werden: a) der Substitutionsfall ist beim Leben Beider eingetreten. Alsdann kann die Wirkung keine andere seyn, als wenn sie zum Theil unter einer Bedingung, zum Theil pure eingesetzt sind, und die Bedingung erleben; ihnen ist nun das Ganze unbedingt erworben, mithin eine Trennung der einzelnen Theile eben so wenig mehr möglich, als wenn dieselben ihnen gleich von Anfang deferirt wären[52]). — b) Tritt der Substitutionsanfall aber erst nach des Einen Tode ein, so muß angenommen werden, daß das Recht auf die Pupillarverlassenschaft (mithin auch die Verbindlichkeit dieselbe anzunehmen) sich nur auf den Ueberlebenden beziehe. Zwar würde die Anologie bedingter Erbeinsetzungen hier auf das Gegentheil führen[53]); allein da nach strenger Consequenz es

51) v. Wening-Ingenheim a. a. O. Not. qq.

52) arg. L. 59. §. 5. 6. D. *de hered. inst.* (XXVIII. 5.) Dasselbe ist hier auch ausdrücklich für den Fall anerkannt, wenn einem Miterben auf den Grund einer Vulgarsubstitution ein deficirender Theil anfällt; L. 76. L. 81. D. *de acq. her.*

53) L. 53. pr. D. *de acq. her.* — S. oben S. 328 fg.

eigentlich als eine Regelwidrigkeit betrachtet werden muß, daß der Eintritt einer Bedingung (auch wenn mehrere Erben eingesetzt sind) den Erbeserben zu Statten kommt[54]), und überdieß die Analogie der Vulgarsubstitution hier viel näher liegt, als die von gewöhnlichen Bedingungen, so dürfte die vorgetragene Meinung wohl kaum einem Zweifel ausgesetzt seyn. Denn daß — wenn mehrere Erben eingesetzt sind — der erst nach dem Tode eines Miterben eintretende Vulgarsubstitutionsfall keine Wirkung für die Erbeserben äußern kann, ist nicht blos allgemeinen Grundsätzen gemäß, sondern wird auch durch mehrere sehr deutlich redende Quellenzeugnisse bestätigt[55]).

In einem Falle wird aber auch dem Pupillarsubstituten die Freiheit zugestanden werden müssen, auf die Erbschaft des Pupillen zu verzichten und die väterliche anzunehmen, wenn ihm nämlich ein Substitut (in Beziehung auf die Pupillarverlassenschaft) gegeben ist. Auch hiefür fehlt es an ausdrücklichen und direct sprechenden Belegen; gewiß aber wird man es als unverwerfliche Analogie gelten lassen, daß ein einziger Erbe, welcher theilweise bedingt, theilweise unbedingt eingesetzt ist, alsdann nicht für einen **heres ex asse** gilt, wenn ihm in Beziehung auf den bedingten Erbtheil ein Substitut ernannt ist[56]). Er kann mithin die Erbschaftsantretung auf den unbe-

54) Nach der consequenteren Ansicht des Celsus schließt auch der überlebende Miterbe die Erben des vorverstorbenen aus; **L. 59. §. 6. D.** *de her. inst.*

55) **L. 9. D.** *de suis et legit.* **(XXXVIII. 16.) L. 81. D.** *de acq. her.* — Vergl. oben S. 322—330.

56) **L. 52. §. 1. D.** *de acq. her.* — „**solus heres futurus est omnimodo, nisi** ***habeat in conditionalem partem substitutum.***“

dingten Theil beschränken, in welchem Falle der andere Theil dem Substituten deferirt wird. Freilich kann auch der Substitut den Erwerb ausschlagen, und alsdann tritt das mit Nothwendigkeit wirkende **jus accrescendi** ein, d. h. der eingesetzte Erbe erhält nunmehr den von ihm selber ausgeschlagenen Theil durch das Anwachsungsrecht. Alles dies muß nun auch für den Fall gelten, wenn ein eventueller Pupillarsubstitut ernannt ist. Eine solche Anordnung, falls sie ohne Beschränkung getroffen ist, schließt von selbst die Möglichkeit in sich, auf die Erbschaft des Pupillen zu verzichten, wenn man auch die väterliche Verlassenschaft erworben hat; würde aber der Nacherbe ebenfalls diese Erbschaft nicht haben wollen, so träte nun die Sache ganz in ihre vorige Lage zurück, oder, man würde mit Neratius (in der **L. 59. D.** *de acq. her.*) sagen können: der eigentliche Pupillarsubstitut muß gleichsam **jure accrescendi** die Erbschaft des Pupillen als einen Theil des väterlichen Nachlasses annehmen.

IV. Auf den vierten Hauptfall — wenn nämlich der Pupill und der Pupillarsubstitut vom Vater zu Erben eingesetzt sind — lassen sich mehrere der bereits erklärten Stellen ebenfalls beziehen[57]), so wie umgekehrt eine ihrem Inhalte nach zunächst hieher gehörige Stelle auch auf die so eben (unter **Nr. III.**) erörterte Frage bezogen werden darf; denn im Wesentlichen wird darin nur der Grundsatz anerkannt, welchen Neratius in der **L. 59. D.** *de acq. her.* zur Anwendung bringt. Es ist dies die **L. 20. C.** *de jure delib.* **(VI. 30.)**. Sie ist eine der **quinquaginta decisiones**[58]), und enthält die Entschei-

57) So die **L. 40.** u. **L. 59. D.** *de acq. her.*

58) S. Merillius expos. *in* 50. decisiones. Nr. XXXVIII. p. m. 419 sq.

dung zweier Rechtsfragen; der hieher gehörige Theil lautet so: „dubitabatur, si impuberem quis filium suum heredem ex parte instituit, et quendam extraneum in aliam partem, quem pupillariter substituit, et postquam testator decessit, pupillus quidem patri ejus heres extitit, extraneus autem hereditatem adiit, et postea adhuc in prima aetate pupillus constitutus ab hac luce subtractus est, et pupillaris substitutio locum sibi vindicavit; quumque substitutus eandem partem admittere noluit, quaesitum est: si potest (i. e. num possit) jam heres ex principali testamento factus pupillarem substitutionem repudiare? — — Placuit — nobis — — ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur —“. Die Frage war also: ob, wenn der Pupill und der Pupillarsubstitut die väterliche Erbschaft angetreten hätten, der Substitut auf die Erbschaft des Pupillen verzichten dürfe? Gründe für die bejahende Meinung, welche die Cassianer vertheidigten [59]), konnten nur darauf gestützt werden, daß in einer solchen Verfügung eigentlich ein doppeltes Testament liege, oder der Gegenstand derselben zwei verschiedene Erbschaften betrafe [60]). Da die Gründe für die verneinende Meinung bereits oben vorgetragen und diese Meinung auch von Justinian bestätigt ist, so bedarf es darüber keiner weiteren Ausführung; nur einige damit in Verbindung stehende Puncte sollen hier noch kürzlich erörtert werden: 1) kann nicht

59) Daß Cassius diese Ansicht hatte, ergiebt sich aus L. 2. §. 1. D. *de statu liberis*. (XL. 7.) S. Mascovius de sectis Sabinianorum et Proculianorum C. 9. §. XIX.

60) §. 2. J. *h. t.*

der Substitut die Pupillarverlassenschaft alsdann ausschlagen, wenn der Pupill von der väterlichen Erbschaft abstinirt hat? Der durch Abstention vacant werdende Theil würde durch das Anwachsungsrecht auf den Substituten, als Miterben, kommen, das Recht desselben aber, auch dem Pupillen zu succediren, natürlich dadurch nicht aufgehoben seyn, da hierauf selbst die Enterbung des Pupillen keinen Einfluß hat. Die Abstention nun bringt die Sache in die Lage, wie wenn der suus heres nie Erbe gewesen wäre, wenigstens soweit das Verhältniß desselben zum väterlichen Vermögen in Betracht kommt[61]). Abstrahirt man nun von allen ausdrücklichen Bestimmungen in den Quellen, welche auf diesen Fall bezogen werden können, so würde man vielleicht sagen dürfen: so gut wie durch den Vater selbst eine vollständige Trennung beider Vermögen bewirkt werden kann, eben so gut muß dies auch durch eine rechtlich gestattete Handlung des Kindes geschehen können, und was den Intestaterben des Pupillen möglich wäre (nämlich wenn sie vom Vater eingesetzt sind, dem Pupillen aber überall kein Substitut ernannt, in welchem Falle sie ohne Zweifel beide Verlassenschaften trennen dürfen) — das muß auch dem Substituten gestattet seyn[62]). Allein diese Argumentation verträgt sich mit dem von Neratius (in der öfter erwähnten Stelle) angegebenen Grunde schlechterdings nicht: der

61) L. 12. pr. in f. D. *de interr. in jure* (XI. 1.) L. 20. §. 4 L. 87. §. 1. D. *de acq. her.* L. ult. D. *de dot. coll.* (XXXVII. 7.)

62) So argumentirt Warnkönig in Beziehung auf die in der vor Nr. (III.) erörterte Frage; s. Note 47 b., folglich entscheidet er hiernach auch die gegenwärtige Frage, a. a. O. S. 5. 6. Nr. 3.

Vater kann über das Vermögen seines unmündigen Kindes durch eventuelle Erbeinsetzung verfügen, auf diese Weise also es mit dem seinigen in Verbindung bringen, dadurch, daß er zu seiner Erbschaft und zu der des Pupillen einen Erben (gleichviel, ob als heres ex asse, oder als Miterben) ruft, in welchem Falle ein ähnliches Rechtsverhältniß entsteht, wie wenn einem Miterben ein vacanter Erbtheil zuwächst. Hiernach muß denn consequenterweise die aufgeworfene Frage verneint werden. — 2) Ist es dem Substituten möglich, wenn er mit dem Pupillen eingesetzt ist, allein der väterlichen Erbschaft zu entsagen? Auch diese Frage läßt sich nach den oben (besonders unter **Nr. III.**) vorgetragenen Grundsätzen vollständig entscheiden: a) der Pupill wird und bleibt Erbe für seinen Theil; in diesem Falle ist der väterliche Erbtheil mit seinem eignen Vermögen vollständig verbunden, und der Substitut kann weder jenen Theil, noch den ihm selbst vom väterlichen Vermögen zugewandten willkührlich trennen, da Alles zu einer Masse verschmolzen ist[63]. — b) Der Pupill abstinirt, und auch der Substitut schlägt seinen Theil aus. Dieser Fall darf keineswegs so behandelt werden, wie wenn der zum alleinigen Erben eingesetzte Pupill abstinirt (s. oben **Nr. I.**), indem alsdann

63) Zum Ueberflusse entscheidet Ulpian diesen Fall ausdrücklich; nachdem er nämlich bestimmt hat, daß der Substitut die Massen nicht trennen dürfe, wenn der Pupill zum alleinigen Erben des Vaters ernannt und auch Erbe geworden ist (**L. 10. §. 2. D.** *h. t.*) fährt er (§. 3.) so fort: „**Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte, et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero: nam neque filii hereditatem habere possum.**“

dennoch die Pupillarsubstitution aufrecht erhalten wird, wogegen dieselbe beim testamentum destitutum wegfällt (s. oben Note 29). Verzichtet nämlich der zum Miterben eingesetzte Substitut auf seinen Erbtheil, so verzichtet er auf das Ganze — da jure accrescendi der durch Abstention vacant gewordene Theil ihm zugefallen ist, mithin ist das Testament destituirt. Nur wenn noch ein Dritter zum Miterben eingesetzt ist, so wird eine Trennung möglich, indem das väterliche Testament mit allen seinen Bestimmungen durch die Antretung des Dritten aufrecht erhalten werden kann[64]).

V. Zum Theil unter ganz besonderen Gesichtspuncten steht noch der Fall, wenn der Pupillarsubstitut ebenfalls suus heres des Testirers, — namentlich also ein leiblicher Bruder des Pupillen ist. — Betrachten wir nun zuvörderst nur den ersten der oben dargestellten Fälle: der Pupill ist Erbe geworden und geblieben. Ein Dritter als Pupillarsubstitut kann hier die Erbmassen nicht trennen, und zwar aus dem Grunde: weil das dem Pupillen selbst gestattete Recht der Abstention von ihm nicht ausgeübt werden darf[65]). Dieser Grund paßt freilich auf

64) L. 40. D. *de acq. her.* L. 27. §. 2. C. *ad Sct. Trebell.* (S. die von diesen Stellen oben, (Nr. III.) gegebene Erklärung.) Wie Warnkönig aus diesen Stellen beweisen zu können glaubt, daß überhaupt dem Substituten es möglich sey, die Pupillarverlassenschaft allein zu erwerben, wenn der mit ihm eingesetzte Pupill nicht Erbe wird (a. a. O. S. 7. Nr. 3.), ist mir nicht begreiflich. Das Gegentheil ergiebt sich mit rechtlicher Nothwendigkeit aus den Grundsätzen über die Wirkung eines destituirten Testaments.

65) L. 28. D. *de reb. auct. jud. poss.* — „quod Praetor

den Pupillarsubstituten nicht, welcher selbst suus et necessarius ist; allein muß nicht aus einem anderen Grunde ihm das Recht versagt werden, die Verlassenschaft seines Bruders ohne die väterliche Erbschaft zu haben? Ganz gewiß. Denn will er die Pupillarverlassenschaft haben, so muß er sie in dem Zustande annehmen, worin sie sich bei der Delation befindet; was zu ihr gehört, ist nach diesem Zeitpunct zu bestimmen, aus welchem Grunde es dazu gehört? ist gleichgiltig[66]). Eben so muß er auch in dem Falle, wenn er nebst seinem Bruder vom Vater eingesetzt war, und dieser Erbe geworden ist, das väterliche Vermögen ungetrennt von dem des Bruders annehmen; denn abstinirt er als Erbe des Vaters (was ihm allerdings frey steht), so accrescirt der dadurch vacant werdende Theil mit rechtlicher Nothwendigkeit dem bereits erworbenen, und er würde mithin, als Erbe seines Bruders, den von ihm ausgeschlagenen väterlichen Erbtheil nur aus einem anderen Grunde wieder erhalten. — Im Uebrigen aber ist das Rechtsverhältniß eines solchen Pupillarsubstituten von dem eines Dritten durchaus verschieden. Wenn also a) in dem zuletzt angenommenen Falle der Pupill abstinirt, so kann dies auch der Bruder vermöge des ihm als suus heres seines Vaters zustehenden Rechts, ohne daß darum die Wirkung des testamentum destitutum eintritt. Eben so b) wenn der Pupill enterbt, der Substitut aber eingesetzt ist, — gleich-

filio — praestat —, idem in substituto servandum non est;" siehe die oben (S. 425 fg.) davon gegebene Erklärung.

66) S. Cujacius in Lib. III. Quaest. Papin. ad L. 112. D. h. t. (opp. T. IV. p. 85.)

viel, ob allein, oder mit anderen. Und da c) der necessarius heres des Vaters als Pupillarsubstitut auch necessarius heres des Pupillen wird[67]), so muß dem Substituten in Beziehung auf die Pupillarverlassenschaft das nämliche Recht der Abstention, mithin die Befugniß zustehen, die väterliche Verlassenschaft zu erwerben, die Pupillarverlassenschaft auszuschlagen. — Anerkannt sind diese Bestimmungen auch ausdrücklich in einer Stelle, welche zwar zunächst nur die Frage betrifft: kann der substituirte Bruder die väterliche Verlassenschaft ausschlagen? allein die darin aufgestellten Grundsätze rechtfertigen auch für den Fall unter c) die bejahende Antwort. Diese aus Papinian's Responsen entlehnte Stelle[68]), lautet, soweit sie hieher gehört[69]), wie folgt: „Si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit[70]), hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet. Iustius enim Praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit, etenim jus dicenti propositum est, *liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare*, non invitos ab hereditate removere, praesertim quod remotis tabulis secundis (d. h. wenn eine Pupillarsub-

67) L. 2. §. 4. L. 10. §. 1. D. *h. t.* — S. oben S. 389.

68) L. 12. D. *h. t.*

69) Der Schlußsatz betrifft die Berechnung der Falcidischen Quart, wovon hier noch nicht die Rede seyn darf.

70) Dieser Satz geht darauf, daß der Substitut ipso jure sowohl des Vaters, als auch seines Bruders Erbe geworden ist.

stitution überall nicht angeordnet wäre) legitimam haberet fratris hereditatem"[71]).

§. 1454.

5) Erlöschungsgründe der Pupillarsubstitution; a) beim Leben des Testirers.

Einzelne Gründe, wodurch die Pupillarsubstitution erlöscht oder ihre Wirksamkeit verliert, mußten bei den Erörterungen, die uns bisher beschäftigten, nicht nur genannt werden, sondern es erforderte der Zusammenhang auch schon eine ausführlichere Darstellung vieler dahin gehöriger Puncte, so daß jetzt großen Theils nur noch eine kurze Zusammenstellung dieser Gründe übrig bleibt. Jedoch in Beziehung auf die in der Ueberschrift genannten Gründe wird Einiges noch genauer zu erörtern seyn.

Die Wirksamkeit der Pupillarsubstitution ist vor Allem dadurch bedingt, daß der Pupill sich beim Tode des Vaters noch in desselben Gewalt befindet. Ganz allgemein äußert sich hierüber Papinian also[72]:

71) S. Cujacius ad leg. cit. (opp. T. IV. p. 82 sq.), welchem auch beistimmen: *Barth.* Chesius differ. jur. cap. 15. (jurisprud. Rom. et AA. T. II. pag. 660. *Vinc.* Cabotius disputation. Lib. II. c. 22. (Meerm. T. IV. p. 636.) u. Pothier Pand. Justin. ad h. t. Nr. 49. — Warnkönig will dies Abstentionsrecht des substituirten Bruders auch auf den von dem Pupillen bereits erworbenen väterlichen Erbtheil beziehen (a. a. O. S. 8. 9.). M. s. indessen die dagegen oben, im Texte, vorgetragenen Gründe.

72) L. 41. §. 1. D. h. t.

„Quum filiae, vel nepoti [73]), qui locum filii tenuit, aut post testamentum coepit tenere [74]), parens substituit, *si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.*" Sie fällt also weg a) wenn das Kind vom Vater emanzipirt oder b) in Adoption gegeben wird, oder c) von demselben stirbt.

Manche Streitigkeiten der römischen Juristen bezogen sich indessen auf den Fall, wenn der Vater, oder der Pupill, oder Beide in feindliche Gefangenschaft gerathen waren [75]). Zur leichteren Auffassung des Einzelnen wird man sich dabei an folgende Sätze erinnern müssen: a) wenn ein Römer in Kriegsgefangenschaft ge-

73) Natürlich gilt dies auch von dem Sohn. Papinian erwähnt hier nur der Tochter und des Enkels, um anzudeuten, daß das Rechtsverhältniß derselben in Beziehung auf Pupillarsubstitution dem des Sohnes völlig gleich sey, so wichtige Verschiedenheiten in Ansehung der Wirkung ihres Suitäts- und Näherrechts auch sonst zwischen denselben bestanden. S. Cujacius in Lib. VI. resp. Papin. ad h. l. (opp. ed. Neapol. T. IV. p. 1064.)

74) Der Enkel nämlich muß suus heres des Großvaters seyn, damit die von dem Letzteren ausgehende Pupillarsubstitution wirksam erscheine. Ob er es schon bei Errichtung des Testaments war, oder es später erst wird, ist gleichgiltig.

75) Vergl. hierüber Cujacius in Lib. XXIX. Qu. Papin. ad Leg. 10. 11. D. de *captiv.* (opp. T. IV. p. 783 sq.) *Ed. Amirf. van* Voorst de jure quod oritur ex commorientibus. (Traj. ad Rhen. 1757. u. in Oelrichs thes. nov. diss. in acad. belg. hab. Vol. I. T. II. Nr. IX.) p. 364—369. (bei Oelr.). Meine Abhandl. über die Priorität des Todes (im Arch. für civ. Pr. Bd. IV. Nr. XXVII.) S. 403—405. Not. 17.

rieth und in derselben starb, so wurde nach der Lex Cornelia (oder durch die s. g. fictio legis Corneliae) angenommen, er sey gleich bei der Gefangennahme, folglich als römischer Bürger, mit Tode abgegangen, nämlich zu Gunsten seines (Testaments- oder Intestat-) Erben [76]. b) Kehrte er aus der Gefangenschaft zurück, so trat er nunmehr ganz in sein früheres Rechtsverhältniß wieder zurück, und zwar so, als habe er nie eine capitis deminutio erlitten [77]. c) Ist der Tod zweier Personen, von denen die eine mündig, die andere unmündig ist, gewiß oder als gewiß anzunehmen, so wird im Zweifel vermuthet, der Unmündige sey vor dem Mündigen gestorben [78]. — Es sind hierbei nun folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Nur der Vater geräth in feindliche Gefangenschaft und kehrt nicht wieder zurück. Hier wollten Einige die Substitution nicht bestehen lassen, weil der Sohn noch beim Leben des Vaters sui juris geworden sey. Allein mit Recht wird diese Meinung verworfen, indem ja der Vater von dem Augenblicke seiner Gefangenschaft

76) §. 5. in f. J. *quib. non est perm. fac. test.* L. 12. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.) L. 22. pr. D. *de captiv. et postlim.* (XLIX. 15.) — S. Bd. 30. d. Comment. S. 23—28.

77) §. 5. J. *quib. n. est perm. fac. test.* L. 12. §. 5. L. 23. D. *de capt. et postlim.*

78) L. 9. §. 4. in f. L. 23. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.) — Die Streitfrage: ob die obige Präsumtion so allgemein auszudrücken sey, oder sich auf den Fall beschränke, wenn die s. g. Commorienten zu einander in dem Verhältniß von Ascendenten und Descendenten stehen (s. meine angef. Abhandl. S. 399—403.), ist hier gleichgiltig.

an nicht mehr als Lebender betrachtet werden kann. *Papin.* Lib. XXIX. Quaest.[79]): „Pater instituto filio impuberi substituerat, et ab hostibus captus ibi decessit; postea defuncto impubere legitimum (der Intestaterbe) admitti quibusdam videbatur, neque tabulas secundas in ejus persona locum habere, qui vivo patre sui juris effectus fuisset; verum huic sententiae refragatur juris ratio, quoniam, si pater, qui non[80]) rediit, jam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est, substitutio suas vires necessario tenet.“ — Damit stimmt denn auch Julianus überein[81]), wenn er sagt: „Lex Cornelia, quae testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserunt, confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum, qui testamenta fecerunt, pertinet, sed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non pervenissent (d. h. die testamentarischen Anordnungen, welche giltig und wirksam gewesen seyn würden, falls der Testirer nicht in feindliche Gefangenschaft gerathen wäre, bleiben es auch ungeachtet der Gefangenschaft). Quapropter quum pater in hostium potestate decessit, filio impubere relicto in civitate, et is intra tempus pubertatis decesserit, hereditas

79) L. 10. pr. D. *de capt. et postlim.*

80) Das non fehlt in der Florentina; doch wird es durch den Zusammenhang bedingt und findet sich daher auch in den meisten (nach Brenkmann in allen) Handschr. u. Ausg. *S. R.* Jauchii medit. crit. de negat. Pand. Flor. p. 87. p. 121. 122.

81) L. 28. D. *h. t.* (erste Hälfte.)

ad substitutum pertinet, perinde ac si pater in hostium potestatem non pervenisset." — Hiernach kann denn die Beantwortung der Frage: ob die Pupillarsubstitution wirksam sey, wenn der Unmündige vor dem wirklichen Tode des Vaters stirbt, gar keine Schwierigkeit haben. Denn, entweder kehrt der Vater zurück, wenngleich erst nach dem Tode des Kindes; dann erlischt die Substitution, da wegen der Wirkung des Postliminium anzunehmen ist, der Vater sey römischer Bürger geblieben, mithin das Kind bei seinem Absterben der väterlichen Gewalt unterworfen gewesen; oder der Vater stirbt als Gefangener, — dann besteht die Substitution, indem nach der **Lex Cornelia** angenommen werden muß, das Kind habe den Vater überlebt. Hierüber äußert sich Papinian[82]) in folgender Art: „**Quodsi filius ante moriatur in civitate, nihil est, quod de secundis tabulis tractari possit, sive quoniam vivo patre filiusfamilias mori intelligitur** (nämlich, wenn der Vater zurückkehrt), **sive quoniam non reverso eo exinde sui juris videtur**[83]) **fuisse, ex quo pater hostium potitus est**[84])."

2) Das Kind allein fällt in feindliche Gefangenschaft

82) L. 11. pr. D. *de capt. et postlim.*

83) Gegen die Florentina, und hier auch offenbar gegen den Zusammenhang, schiebt Haloander ein non ein vor *videtur.* S. dagegen Schulting in not. ad h. l. T. VII. p. 536.

84) Ueber die Redensart: hostium potiri, für: in des Feindes Gewalt kommen (und ähnliche Constructionen) s. *Ant.* Augustinus emendat. Lib. IV. c. 10. (bei Otto T. IV. p. 1539. 1540.) und besonders *Scipio* Gentilis Parerg. Lib. I. c. 42. (ebend. p. 1316.)

und stirbt daselbst. Hier ist weiter zu unterscheiden: a) Es erfolgte die Gefangennahme erst nach des Vaters Tode; dann wird die Pupillarsubstitution aufrecht erhalten, indem man die Fiction, der Gefangene sey mit dem Eintritt der Gefangenschaft gestorben, auf jedes an sich giltige Testament anwandte. Indessen war dieß nicht unbestritten. Einige hielten sich daran, daß das Gesetz (welches allerdings einen singulären Rechtssatz aufstellt) buchstäblich nur von dem Testirer spreche, welcher sich selber ein Testament errichtet hatte. „Si mortuo patre capiatur impubes (sagt Papinian), — in promtu est dicere (d. h. es liegt der Grund sehr nahe), legem Corneliam de tabulis secundis nihil locutam, ejus duntaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset[85]." Indessen ist dies nur ein Zweifelsgrund; denn der Jurist fährt also fort: „Plane, captivi etiam impuberis *legitimam* hereditatem per legem Corneliam deferri, quoniam verum est, ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse; et ideo non esse alienum, Praetorem subsequi non minus patris, quam legis voluntatem, et utiles actiones in hereditatem substituto dare." Papinian argumentirt hier auf folgende Art: nach der Lex Cornelia wird ja auch die gesetzliche Erbfolge eines kriegsgefangenen Unmündigen, gleich der eines anderen civis Romanus deferirt, mithin ist nicht abzusehen, weshalb der Prätor gerade dabei weniger den Willen des Vaters als den des Gesetzes berücksichtigen sollte. Nur directae actiones können dem Substituten zur Geltendmachung seines Erbrechts nicht zustehen, da die Lex von diesem Falle

85) L. 10. §. 1. D. *de capt. et postlim.*

nicht buchstäblich spricht, sondern nur das darin enthaltene Rechtsprinzip (sententia legis) darauf angewandt wird. — Hiernach hängt Alles sehr natürlich zusammen[86]; auch kann es für unsere Frage allenfalls auf sich beruhen bleiben, ob der Satz, worauf Papinian seine Entscheidung hauptsächlich stützt (captivi impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri) ausdrücklich in der Lex enthalten war, oder ebenfalls nur ein Erzeugniß doctrineller Interpretation ist[87]. Wahrscheinlich hatte die Lex ganz allgemein bestimmt, es solle nicht nur das Testament eines kriegsgefangenen römischen Bürgers giltig bleiben, sondern auch in Beziehung auf gesetzliche Erb- und Tutel-Rechte angenommen werden, es sey der Gefangene nicht capite minutus, oder er sey als römischer Bürger gestorben[88]. Hiernach verstand sich denn ganz von selbst, daß auch den Agnaten eines Pupillen die gesetzlich ihnen zustehenden Rechte er-

86) Einen anderen Gedanken-Zusammenhang finden in dieser Stelle: *Ulr.* Wieling lection. jur. civ. Lib. I. c. 23. *Jo. Conr.* Ruecker interpretation. c. 4. u. *Henr.* Kellinghusen de legib. nonnullis Romanor. c. 4. Oelrichs thes. mer. Diss. Belg. Vol. I. T. II. p. 23 sq.); wodurch denn aber freilich Papinians Argumentation fast unbegreiflich erscheinen muß.

87) Vrgl. hierüber Hugo Rechtsgesch. XI. Ausg. S. 715 fg. Not. 1. Schilling Bem. über Rechtsgesch. S. 285 fg.

88) Dies wird bezeugt (und zwar in Ausdrücken, welche schwerlich von blos ausdehnender Erklärung verstanden werden können), in Paulli rec. sent. Lib. III. Tit. IV. A. §. 8., ferner in L. pr. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.) L. 22. pr. D. *de captiv. et postlim.* L. 1. C. *de postlim. revers.* (VIII. 51.)

halten wurden, und insoferne durfte Papinian sagen: es sey dies durch das Gesetz angeordnet, wogegen freilich die Anwendung auf das Recht des Pupillarsubstituten nur durch ausdehnende Erklärung möglich wurde[89]). — In der Kürze trägt Julian[90]) dasselbe Resultat vor, mit folgenden Worten: „**Si pater in civitate decessit, filius impubes apud hostes, si quidem mortuo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non incommode**[91]) **dicitur, hereditatem ejus ex ea lege**

89) Kellinghusen l. l. p. 22. Pothier Pand. Justin. tit. de captiv. et postlim. Nr. 37. ad L. 10. §. 1. cit. Not. 5. u. 7.

90) In der zweiten Hälfte der angef. L. 28. D. *h. t.*

91) So lesen Haloander und die meisten Editoren. Die Florentina lies't: non *commode*; zur Vertheidigung dieser Lesart hat man wohl angeführt, daß dadurch erst eine Uebereinstimmung zwischen Julian und Papinian (in L. 10. §. 1. D. *de capt.*) bewirkt werde, indem ja auch der Letztere sage, genau genommen (in promtu est dicere) müsse gegen den Substituten entschieden werden; (s. z. B. *Ed.* Caldera Variar. lection. L. IV. c. 7. (in Meerm. thes. T. III. p. 672.). Als ob nicht Papinian sehr bestimmt die entgegengesetzte Ansicht billigte! Auch verträgt sich die Lesart non commode mit dem aus dem ganzen Zusammenhange sich deutlich ergebenden Sinne nur, wenn man den Satz sich als Frage denkt: non (für nonne) commode dicetur — — pertinere? wie in der Taurellischen und Gebauer'schen Ausg. auch angenommen ist. — Die Lesart *non incommode* billigt u. A. auch *A.* Faber conject. L. III. c. 9., und sehr richtig ist auch die Bemerkung von Gebauer ad h. l., daß bei der älteren Art zu schreiben das in leicht in dem non übersehen und weggelassen sey; wogegen wieder Sammet (lect. jur. civ. c. 16.; opuscul. p. 153 sq.) die Florentinische Lesart in Schutz nimmt.

ad substitutos pertinere." — Wenn dagegen b) die Gefangenschaft des Kindes beim Leben des Vaters eintritt, so verhält es sich umgekehrt, d. h. hier erlöscht die Pupillarsubstitution sofort, gerade so, wie wenn das Kind eines natürlichen Todes gestorben wäre: „si vero (fährt der Jurist in der L. 28. cit. fort) vivo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non existimo, legi Corneliae locum esse, quia non efficitur per eam, ut is, qui nulla bona in civitate relinquit, heredes habeat." — Dieser Grund würde freylich zu dem neueren Recht, wonach auch Hauskinder eignes Vermögen haben und gleich homines sui juris beerbt werden, nicht passen; indessen, so wie das aufgehobene Erwerbsrecht des Vaters auf die Befugniß zur Pupillarsubstitution überhaupt keinen Einfluß gehabt hat, eben so wenig darf auch die Regel des Pandektenrechts: die Pupillarsubstitution fällt weg, wenn das Kind sich beim Tode des Vaters nicht mehr in dessen Gewalt befand [92]), für aufgehoben geachtet werden.

3) Werden Beide (Vater und Sohn) gleichzeitig gefangen und sterben in der Gefangenschaft, so muß nach der obigen Präsumtion: der Mündige hat den Unmündigen überlebt (s. die Note 78) die Pupillarsubstitution für erloschen angesehen werden [93]). Kehrten sie wieder

92) L. 41. §. 1. D. *h. t.*

93) Diesem steht auch nicht entgegen, daß nach L. 9. §. 1. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.), wenn Vater und Sohn im Kriege umkommen, für das frühere Ableben des Vaters die Vermuthung streitet. Hierbei ist nämlich vorauszusetzen, daß beide Soldaten waren, folglich der Sohn das mündige Alter bereits erreicht hatte. Hier tritt also die Präsumtion in Kraft, wonach anzunehmen ist, der mündige Descendent

zurück, so würde für Beide das Recht des Postliminium eintreten, und jetzt alles davon abhängen, ob das Kind vor oder nach der Pubertät, — vor oder nach dem Vater stirbt. Kommt der Vater allein zurück, so bleibt die Substitution erloschen, so wie sie umgekehrt besteht, wenn allein das Kind ins Vaterland zurückkehrt und hier als impubes mit Tode abgeht. Auf diesen Fall nimmt Papinian besondere Rücksicht in folgender Stelle[94]): „**Sed si ambo apud hostes, et prior pater decedat, sufficiat lex Cornelia substituto non alias, quam si apud hostes patre defuncto postea filius civitate decessisset.**" — Man sollte es kaum glauben, daß diese einfache Aeußerung Gegenstand so vieler Erörterungen und Streitigkeiten bei den neueren Juristen geworden ist, als gehörte sie zu den dunkelsten und schwierigsten Pandektenstellen[95]). A. Faber interpretirt die Worte **non alias** durch **non secus, perinde, non minus,** indem er voraussetzt, daß hier an einen Fall gedacht sey, wo Vater und Sohn nicht gleichzeitig, sondern zuerst der Vater dann der Sohn in Gefangenschaft geriethen; damit aber einem verständigen Sinne nichts fehle, nimmt er weiter an, die Worte: **et prior pater decedat** seyen ein bloßes Glossem, und später von unverständigen Abschreibern in den Text aufgenommen. Hiernach würde denn also Papinian ursprünglich gesagt haben: wenn der

habe seinen Ascendenten überlebt. S. **L. 9. §. 4. D.** *de reb. dub.* u. meine angef. Abhandl. S. 403, so wie die daselbst Note 16 angef. Schriftsteller.

94) **L. 11. §. 1. D.** *de captiv. et postlim.*

95) M. vergl. Schulting u. Smallenburg **ad h. l. Tom. VII. T. I. p. 537.**

Sohn nach dem Vater in Gefangenschaft geräth, so kommt die Lex Cornelia dem Substituten eben so zu Statten, wie wenn der Sohn zurückkommt und als impubes stirbt [96]). Ihm stimmt Jauch bei, bürdet aber die Schuld den Compilatoren auf, welche der lateinischen Sprache nicht recht kundig, das non alias in dem gewöhnlichen Sinne nicht für non nisi genommen, und hiernach eine andere (in der folgenden Nr. 4 zu erwähnende Stelle) interpretirt hätten [97]). Gewiß würde man den Compilatoren eher eine Unkunde der lateinischen Sprache Schuld geben können, wenn sie die Worte non alias gleichbedeutend mit non secus, similiter, perinde, — kurz, wenn sie dieselben so verstanden hätten, wie A. Faber und Jauch [98]). Wenn man die Stelle aus ihrem Zusammenhange gerissen liest, so erscheint es allerdings auffallend, daß Justinian zweimal von dem früheren Tode des Vaters spricht, und auch daran könnte man Anstoß nehmen, daß er überhaupt von dem früheren wirklichen Tode des Vaters die Wirksamkeit der Pupillarsubstitution abhängig zu machen scheint, worauf doch nicht das Mindeste ankommen kann, welche Wirkung man

96) Die früher von ihm vorgetragene, im wesentlichen richtige Erklärung (conject. Lib. III. c. 7.) verwirft er in der Folge als eine durchaus irrthümliche, ja sinnlose; ibid. L. X. c. 7.

97) Jauchius de negationib. Pand. Florent. c. 17. pag. 303 — 305.

98) „Et primum quid (sagt *van* Voorst bei Oelrichs a. a. O. p. 366.) vellem, mihi exempla demonstrarent significationis vocum *non alias* pro *non secus* —, quae, si jam aliqua dentur, tamen a communi usu abhorrere facile concedent."

auch der fictio legis Corneliae hier beilegt. — In der That aber verschwindet alle und jede Schwierigkeit, wenn man den Zusammenhang dieser Aeußerung mit der vorausgegangenen ins Auge faßt. In dem Pr. der Stelle heißt es, die Substitution sey wirksam, wenn der Vater in Gefangenschaft sterbe und der Sohn im Vaterlande zurückbleibe; darauf fügt der Jurist hinzu: sollten aber Beide gefangen werden, und auch der Vater früher sterben, so kommt doch die Lex Cornelia dem Substituten nicht anders zu Statten[99]), als wenn der Sohn im Vaterlande (versteht sich als impubes) stirbt[100]).

4) Mehr Veranlassung zu Zweifeln giebt aber eine Entscheidung Scävola's, welche wirklich den Fall vor Augen hat, wo Vater und Sohn nach einander, und zwar zuerst der Vater in Gefangenschaft geriethen. Sie lautet so[1]): „Si pater captus sit ab hostibus, mox filius, et ibi ambo decedant, quamvis prior pater decedat, Lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit, nisi reversus in civitate impubes

99) Also: nur in diesem Fall nutzt die Fiction der Lex, der Vater sey als civis Romanus verstorben, dem Substituten; sufficere hat hier die Bedeutung von *proficere*. S. *Rad.* Fornerius rer. quotidianar. Lib. IV. c. 22. bei Otto T. II. p. 247.), indem sonst der Pupill stets als der früher Verstorbene zu betrachten ist.

100) So interpretiren auch die meisten Juristen, Cujacius, Papillonius (Otto T. IV. p. 737.), de Voorst l. l. u. A. — In den Worten: et pater prior decedat —, hat *et* die Bedeutung von etiam (etiamsi). Vrgl. *Horat.* Tursellinus de particulis lat. orat. h. V. Nr. 32.

1) L. 29. D. *h. t.*

decedat, quoniam, et si ambo decessissent, veniret substitutus." — Eine consequente Anwendung der fictio legis Corneliae scheint hier nothwendig zu dem Resultat zu führen, daß die Pupillarsubstitution zu Recht bestehe; denn wenn keiner zurückkommt, so muß angenommen werden, Beide seyen im Moment der Gefangennahme verstorben, mithin (in unsrem Falle) zuerst der Vater, sodann der Unmündige [2]). Von den Versuchen, den anscheinenden Widerspruch mit anerkannten Rechtsprinzipien zu beseitigen, mögen hier nur zwei genannt seyn. Nach einer Meinung soll auch in diesem Falle gleichzeitige Gefangennahme des Vaters und des Sohnes vorausgesetzt werden müssen, mithin *mox* die Bedeutung haben von statim, oder confestim [3]), was auf einer durchaus willkührlichen Annahme beruht [4]). — Anton Faber, dem auch hier wieder, der Hauptsache nach, Jauch beitritt, erklärt das *non* vor *pertinebit* für unächt, Jener will auch die Worte nisi reversus in civitate impubes decedat, tilgen, wogegen Dieser mit einer Verwandlung des *nisi* in *ac si* zufrieden ist [5]). — Cujacius nimmt zwar die

2) Dies nahm auch ich früher an, in der angef. Abhandlung S. 405. (Note 17. Nr. 5.)

3) So die Accursische Glosse ad h. l. V. *mox*, welcher auch Voorst l. l. (p. 569) wenigstens in Ansehung der Möglichkeit dieser Wortbedeutung beitritt.

4) Vrgl. meine Abhandl. a. a. O.

5) *A.* Faber (conj. Lib. 10. c. 7.) meint, das: et ibi ambo decebant — in Verbindung mit dem Folgenden: nisi reversus — impubes decedat, laute ungefähr so, wie wenn Jemand sage: mortuos homines sepeliendos esse, praeterquam si qui vivant! Eben so Jauchius a. a. O., welcher hier besonders seine Ansicht geltend macht,

Entscheidung in dem Sinne, welchen sie nach der gewöhnlichen Lesart (*non* pertinebit) nur haben kann; meint aber, daß dazu der Schlußsatz nicht passe, und will daher Statt *quoniam* lesen: quamquam[6]). Indessen darf man wohl mit Marckart sagen: „Per me liceet, emendet qui velit; negare tamen nequeo, non emendata Scaevolae verba mihi clariora videri, quam emendata" [7]). — Die Ausleger, welche in dieser Entscheidung eine Inconsequenz erblicken, verwechseln hier offenbar zweierlei: die Lex Cornelia fingirt ja nur, daß der kriegsgefangene Bürger den zum Erben haben werde, welcher ihn beerbt haben würde, wäre er nicht in Gefangenschaft gerathen; keineswegs aber: derselbe sey tod, so lange er wirklich noch am Leben ist. So darf also die Fiction nicht ausgedrückt werden, ohne das Recht, welches das postliminium gewährt, zu vernichten, indem ja nach diesem Recht die Zurückkunft des wirklich noch lebenden kriegsgefangenen Bürgers durchaus abgewartet werden muß. Ehe es also feststeht, daß die Rückkehr nicht erfolgen werde, kann die Erbschaft nicht für eigentlich deferirt gehalten werden. Berücksichtigt man nun, daß zur Zeit Scävola's Kinder in väterlicher Gewalt eignes Vermögen nicht haben konnten (für Unmündige konnte nicht einmal die durch das

daß die Compilatoren, unkundig der Bedeutung des non *alias* in der L. 11. §. 1. D. *de capt.* nach dem von ihnen hinein gelegten Sinn auch die L. 29. *h. t.* verändert und erst dadurch beiden Stellen einen Sinn aufgedrungen hätten, an welchen denn Letzterer nicht gedacht.

6) Cujacius in Lib. 29. Qu. Papin. (opp. T. IV. p. 785.)

7) *Jo. Guil.* Marckart probabil. lect. jur. civ. P. I. p. 141.

castrense peculium begründete Ausnahme Statt finden), so ist Scävola's Entscheidung vollkommen consequent. Sterben nämlich Beide, Vater und Sohn, in feindlicher Gefangenschaft, so konnte dem Pupillen, als Gefangenen, auch kein Vermögen durch Erbrecht erworben, folglich er selbst nie beerbt werden, sondern nur der Vater wurde von den im Staate zurückgebliebenen Testaments- oder Intestaterben beerbt. Hiernach ist es denn klar, weshalb Scävola das hervorhebt, daß auch der frühere wirkliche Tod des Vaters kein anderes Resultat zur Folge haben könne; nur wenn der Pupill zurückkehrt, tritt sein ganzes früheres Rechtsverhältniß wieder in Wirksamkeit, indem ja auch für ihn das Postliminium gilt, also die Fiction, er sey nie capite minutus geworden[8]). Er ist folglich Erbe seines Vaters und stirbt er selber während der Unmündigkeit, so bleibt auch die Pupillarsubstitution wirksam; der von Cujacius mißverstandene Schlußsatz: quoniam u. s. w. dient zur Bestätigung des voraufgegangenen Satzes, daß nämlich die Rückkehr des Pupillen die Wirksamkeit der Pupillarsubstitution wieder herstellen; denn (sagt der Jurist), auch wenn Beide zurückkehrten und der Sohn nach dem Vater, aber in der Unmündigkeit, verstürbe, würde die Substitution ihre Wirksamkeit äußern[9]). —

8) Wenn man hinter den Worten non pertinebit ein Semicolon setzt, so ist jeder Schein einer Inconcinnität verschwunden, welche A. Faber hier findet. In dem ersten Satz wird die Unwirksamkeit der Substitution ausgesprochen; sodann heißt es: wenn indessen der Pupill zurückkehrt (oder: nur alsdann, wenn u. s. w.) gilt die Pupillarsubstitution.

9) Die richtige Erklärung haben: Marckart l. l. p. 140 sq. *van* Voorst l. l. p. 366 sq. Pothier Pand. Justin

Daß auch hierauf das veränderte Erwerbsystem des neueren Rechts keinen Einfluß haben könne, bedarf kaum noch der Bemerkung.

§. 1455.

b) Die übrigen Erlöschungsgründe der Pupillarsubstitution.

Außerdem fällt die Pupillarsubstitution weg: 1) wenn der Unmündige sich abrogiren läßt; hievon, so wie von der Modification dieses Grundsatzes durch das vom Kaiser Antoninus Pius eingeführte besondere Recht eines abrogirten Unmündigen, ist bereits an einem anderen Orte gehandelt[10]). — 2) Durch Eintritt der Pubertät des Kindes, oder des etwaigen früheren Zeitpunktes, auf den die Substitution gestellt ist[11]). — 3) Durch das Wegfallen sonstiger Bedingungen, von welchen der Testi-

tit. de Vulg. et pup. subst. Nr. 51., dessen Interpretation, ihrer Kürze und Bündigkeit halber, ich hier mittheile: „Quia quamvis pater fingatur mortuus quum captus est, tamen non defertur ejus hereditas, nisi ex quo demum momento mortuus est. Nec enim potest deferri, dum speratur ejus reditus. Eo autem tempore, quo moritur pater, filius captivus est, adeoque non potest ei deferri. Ergo filius patri non extitit heres, nulla bona habuit, adeoque subst. pupillaris inutilis est. Si filius reversus esset, fictione postliminii fingeretur semper in civitate mansisse, adeoque et ipsi patri heres extitisset —."

10) S. oben §. 1453. S. 409 fg.

11) §. 8. J. *h. t.* L. 14. D. *h. t.* — L. 21. L. 38. §. 1. D. *eod.* Auch davon ist schon oben §. 1451. S. 379 fg. die Rede gewesen.

rer die Substitution abhängig gemacht hat. — Hieher gehören denn auch die Bestimmungen über den Fall, wenn mehrere Unmündige einander substituirt, ferner, wenn ein Dritter Beiden oder dem Letztlebenden substituirt ist und nicht erhellt, wer zuerst und wer zuletzt gestorben sey.

Marcianus lib. III. regular.[12]). „In illo quaeritur: si pariter pupillus, ei qui ei substitutus erat frater necessarius[13]) decesserit, an frater fratri existat heres, an contra? Vel, si duo invicem necessarii substituti sunt, et una perierint, an heredes extitisse videantur, vel alter alteri —? In quibus casibus, si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emissit, non videtur alter alteri supervixisse." — Wenn zwei Unmündige in gleicher Todesgefahr umkommen, ohne daß das frühere Ableben des Einen vor dem anderen nachgewiesen werden kann, so ist die (sich eigentlich schon von selbst verstehende) Bedingung der Substitution — das Ueberleben des Substituten nicht eingetreten, indem es dafür an allem Beweise fehlt, wer der Ueberlebende gewesen sey; folglich zerfällt die Substitution in sich. Ein gleicher Fall ist auch vorhanden, wenn ein Dritter dem letztlebenden Pupillen (und nur diesem) substituirt seyn sollte und nicht zu ermitteln ist, wer zuletzt gelebt habe: bei der Unmöglichkeit den Eintritt der Bedingung zu erweisen, muß diese für weggefallen gehalten werden[14]). Ein Anderes

12) L. 18. pr. D. *de reb. dub.*

13) Ueber diesen Ausdruck s. L. 10. §. 1. D. *h. t.* und oben §. 1452. S. 389.

14) arg. L. 34. pr. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.) „Si ejus, qui novissimus ex filiis mortuus esset, par-

ist, wenn beide Pupillen einander gegenseitig substituirt sind, der Dritte aber demjenigen von ihnen, welcher zuletzt sterben würde. Auf den Ausdruck kommt hier nichts an, indem gewiß ist, daß der Pupillarsubstitut das Vermögen Beider erhalten solle; er wird also von dem Ueberlebenden zwar ausgeschlossen, ist aber keiner mehr vorhanden, so steht ihm auch keiner mehr im Wege, mithin ist es auch vollkommen gleichgiltig, wer von den Pupillen zuerst, und wer zuletzt gestorben ist? Hieher gehört folgende (offenbar corrumpirte und an geschraubter Darstellung leidende, dem Sinne nach aber vollkommen deutliche) Stelle aus Tryphonins Disputationen[15]: „Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus moreretur, Titium substituit: duo impuberes simul in nave perierunt. Quaesitum est, an substituto, et cujus hereditas deferatur? Dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In

tem hereditatis propinquo voluit pater restitui, et simul fratres diem suum obiissent: propinquum, si non ostenderit, quis novissimus obiisset, ad partem hereditatis non admitti, sed matrem ex Tertulliano senatusconsulto ad utriusque hereditatem admitti constat." — S. meine angef. Abhandl. S. 411. — Zwar handelt die Stelle nur von fideicommissarischer Substitution. Allein die Anwendung auf unsere Frage ist unbedenklich, wenn man sich etwa den Fall so denkt: der Vater setzt seine beiden Kinder ein, und substituirt einen Dritten dem Letztlebenden pupillarisch, in der Art, daß der Substitut nur dessen Erbtheil erhalten soll.

15) L. 9. pr. D. *de reb. dub.*

proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, quia cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur, an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit; nam, et qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse, et proximus agnatus intelligitur etiam, qui solus est, quique neminem antecedit; et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt." — Tryphonin respondirt also wie folgt: wären Beide beide auf gewöhnliche Art, mithin einer nach dem Anderen (ordine) gestorben, so würde der Ueberlebende Erbe seines Bruders geworden seyn, ihn selbst aber der Substitut beerbt haben, welcher denn natürlicherweise mit dessen Nachlaß auch den des Bruders erhalten hätte. Jetzt aber, da angenommen werden muß, Beide seyen zugleich gestorben; mithin, Keiner habe den Anderen überlebt, so fragt es sich: darf deswegen von einem Ueberlebenden hier nicht die Rede seyn, weil Beide sich gewissermaßen als Zuletztgestorbene ansehen lassen, oder darum, weil Niemand als zuletzt verstorben zu betrachten ist, indem von einem Ueberlebenden nur in Beziehung auf einen früher Verstorbenen die Rede seyn kann (oder, m. a. W., weil Ueberleben ein relativer, durch den früheren Tod eines Anderen bedingter Begriff ist)? Nimmt man letzteres an, so muß die Substitution wegfallen, weil, wenn Keiner der Letzte ist, auch ein Letzter nicht beerbt werden kann; sagt man dagegen: Beide waren die Letztlebenden, so ist die Substitution wirksam. Dies nun billigt der Jurist, indem er seine Ansicht noch

durch das Beispiel erläutert: es würde ja die Substitution zweifellos gelten, wenn Jemand, der einen einzigen Sohn habe, dem Letztlebenden seiner Kinder einen Substituten ernennen, ferner den **proximus agnatus** der **XII.** Tafelgesetze, deren Bestimmung ja auch dann zur Anwendung komme, wenn der Erblasser nur e i n e n Agnaten habe, folglich diesem kein Näherer im Wege stehe [16]). —

16) Im Allgemeinen, oder ihrem wesentlichen Inhalte nach, wird die Stelle von allen Auslegern auf gleiche Art verstanden; s. die Glosse zu dieser Stelle, *H.* DONELLUS comment. de reb. dub. (in ejusd. comment. jur. civ. ed. Han. p. 418 sq.) p. 424 sq. *A.* FABER conj. Lib. XIII. c. 14. *Jos. Fern. de* RETES opuscul. Lib. VII. ad L. 9. de reb. dub. (MEERM. thes. T. VII. p. 365 sq.) AVERANIUS interpr. jur. Lib. V. c. 31. *van* VOORST l. l. p. 369 sq. M e i n e angef. Abhandl. S. 413 fg. *T. H. F.* GAEDCKE de jure commorientium. (Rost. 1830.) p. 90—96. Nur über die besonderen Voraussetzungen des entschiedenen Falls selbst giebt es verschiedene Ansichten (namentlich ob nicht blos von fideicommissarischer Substitution die Rede ist, — ob nicht eine, wenigstens stillschweigende gegenseitige Pupillarsubstitution beider Unmündigen angenommen werden müsse und dgl. m.). Besonders aber streitet man darüber, wie die sichtliche Corruption der Stelle, worin die beiden Fragen ausgedrückt werden („quia neutri — — — prioris mortui sumitur?") zu beseitigen sey? Die mancherlei Emendationsvorschläge siehe bei GEBAUER (in dessen Ausgabe des corp. jur. ad h. l.), SMALLENBERG not. ad Dig. h. l. (T. V. p. 468. not. 3.), sodann in meiner Abhandl. (S. 416 fg., wo sich auch ein Vorschlag von Fr. Ad. S c h i l l i n g angeführt findet), und in G a e d c k e's eben erwähnter comm. p. 90 sq. not. 97. — Für den Ausdruck: ex *facto* prioris mortui — substituirt *a Rad.* FORNERIUS Rer. quotidianar. Lib. VI. c. 9. (OTTO

So richtig dies nun auch ist, so scheint es doch, daß eine so spitzfindige Argumentation nicht nöthig gewesen wäre, um zu dem nämlichen Resultate zu gelangen. Und ist es am Ende nicht geradezu unnatürlich, den Satz: Beide sind zuletzt gestorben, als Entscheidungsgrund zu betrachten? Oder, wenn man die Möglichkeit eines durchaus gleichzeitigen Absterbens zugiebt, würde nicht bei streng buchstäblicher Interpretation auch daraus wieder gefolgert werden können: es sey die im Testamente gestellte Bedingung der Substitution doch immer nicht eingetreten? Man konnte die Entscheidung vielmehr auf einen zweifachen Grund stützen, deren jeder an sich schon hinreichte, um die Entscheidung zu rechtfertigen. Erstlich, auf eine **interpretatio secundum voluntatem testatoris**; denn, was auch aus einer blos buchstäblichen Interpretation folgen mochte, so gieng doch der Wille des Testirers ganz entschieden dahin, daß der Substitut Beider Vermögen haben sollte, wenn keiner von ihnen die Pubertät erlebte. Sodann konnte man sich darauf berufen, daß im Zweifel eine Bedingung für erfüllt anzunehmen ist, mag der Zweifel durch den Ausdruck des Testirers, oder durch eine solche Beschaffenheit der Umstände veranlaßt seyn, daß eben so Vieles für als wider den Eintritt der Bedingung spricht. Zwar findet sich hierüber nirgends eine allgemeine Regel, allein einzelne Fälle sind nach derselben entschieden [17]), und Julianus

thes. T. II. pag. 289.) *fato*, was nicht zu mißbilligen, wenn gleich unnöthig scheint; s. Marckart receptar. jur. civ. lection. Lib. II. c. 8. p. 228. *van* Voorst l. l. p. 370 sq.

17) L. 10. §. 1. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.)

stützte auch seine Entscheidung eines ganz ähnlichen Falles darauf, wie wir aus folgender Stelle Papinians[18]) sehen: „*Qui ex liberis meis impubes supremus morietur, ei Titius heres esto*; (so lautete die Bestimmung des Testaments). **Duobus peregre** (im Auslande) **defunctis, si substitutus ignoret, uter novissimus decesserit, admittenda est Juliani sententia, qui *propter incertum conditionis* etiam prioris posse peti possessionem bonorum respondit**“[19]). Tryphonin's Entscheidung dagegen beruht (entkleidet man sie von aller unnöthigen Beimischung) im Wesentlichen darauf, daß der mit Sicherheit zu erkennende

18) L. 11. pr. D. de bon. poss. sec. tab. (XXXVII. 11.)

19) S. Cujacius in L. XIII. Qu. 11. Papiniani ad h. l. (opp. T. IV. p. 351.) — *de* Retes (opusculor. Lib. VII. Exc. ad L. 11. D. de B. P. s. tab. bei Meermann Tom. VI. p. 369.) meint, daß Julian seine Entscheidung lediglich darauf gründe, daß nur der Substitut nicht gewußt habe, welcher von Beiden zuletzt gestorben sey. Denn so lange es ungewiß sey, ob eine Bedingung eingetreten sey, oder nicht, könne eine Erbschaft nicht angetreten werden (L. 21. D. *de cond. et dem.* XXXV. 1.) Allein damit verträgt es sich sehr wohl, daß, wenn solche factische Umstände vorliegen, wonach eine Bedingung eben so gut für erfüllt gehalten werden kann, als für nicht erfüllt, Ersteres anzunehmen ist. — Gaedcke (comment. cit. p. 5—9.) bezieht die Entscheidung auf den zweifelhaften Ausdruck der Bedingung: (soll der Substitut das Vermögen Beider erben, oder nur das des Zuletztsterbenden?) Diese Interpretation ist wenigstens im wesentlichen Resultat nicht abweichend von der meinigen; die sonstige Verschiedenheit unserer Ansichten über den Sinn dieser Stelle (s. meine angef. Abh. S. 398 fg.) kommt hier nicht in Betracht.

Wille des Testirers mehr bedeute, wie der bloße Buchstabe. Dasselbe gilt von einer Entscheidung African's, welcher nur den von Tryphonin angeführten Grund deutlicher ausdrückt[20]: „Ex duobus impuberibus ei, qui supremus moreretur, heredem substituit; si *simul* morerentur, utrique heredem esse respondit, *quia supremus non is demum, qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit, intelligatur*, sicut et e contrario proximus non solum is, qui ante aliquem, sed et is, ante quem nemo sit, intelligitur." Alle stimmen mithin darin überein, daß der Substitut die Verlassenschaften beider Pupillen erhalte[21], so wie von Allen vorausgesetzt wird, daß derjenige von den beiden Pupillen, welcher den anderen wirklich überlebt hätte, dessen Erbe geworden seyn würde. Daß dies auch als geschehen angenommen werden müsse, ist eine weitere Voraussetzung, ohne welche die Substitution überall keinen Effect haben könnte, indem sonst der Substitut nur eine Erbschaft in Anspruch nehmen dürfte, wobei denn wieder die Frage entstände: wessen Erbschaft? — eine Frage, die bei der vorhandenen Ungewißheit über die Priorität des Todes durchaus unauflöslich seyn würde. Um sich nun zu erklären, wie Tryphonin sagen konnte: „in ea hereditate etiam ante defuncti filii hereditatem habebit" — was ja eigentlich voraussetzt: der Eine ist des Anderen Erbe geworden, — hat man denn zu allerlei Vermuthungen seine Zuflucht

20) L. 34. pr. D. *h. t.*

21) S. auch noch eine andere Stelle Papinians (L. 42. D. *h. t.*), worin es heißt: „*duae hereditates* substituto deferuntur."

genommen[22]). Manche erblicken darin eine Anwendung der s. g. **transmissio ex capite in integrum restitutionis**, d. h. der Befugniß eines Erben, die seinem Erblasser deferirten, aber noch nicht angetretenen Erbschaften, in gewissen Fällen zu erwerben[23]); hier soll nämlich dem Substituten dies Recht zustehen. Indessen muß dabei wieder mindestens eben soviel vorausgesetzt werden, als dadurch erklärt werden soll, indem zur Anwendung jenes Rechts in jedem Falle erforderlich ist, daß der Erbeserbe wisse, Wen er eigentlich beerbe, diesem auch die Erbschaft, welche der Transmissar erwerben will, außer Zweifel deferirt sey; dieser Versuch, eine Anomalie durch die andere zu erklären, darf also wohl für gänzlich verfehlt gehalten werden[24]). — Andere gehen davon aus, daß der eine Bruder dem anderen als **necessarius heres ipso jure**, also ohne daß es eines besonderen Erwerbs bedurfte, beerbt habe. Dabei müßte denn vorausgesetzt werden, daß die Pupillen einander selbst, ausdrücklich oder stillschweigend, **pupillariter** substituirt seyen[25]).

22) Eine Aufzählung und Würdigung der verschiedenen Hypothesen findet man bei Averanius l. l. §. 3 sq.

23) S. über die Fälle, welche man so bezeichnet, mein Lehrb. d. Pand. Bd. III. §. 709. Nr. 1. Vergl. auch Marezoll Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Bd. II. S. 63 — 82.

24) Vrgl. Averanius l. l. §. 3 — 5.

25) Denn nur in diesem Falle kann der Eine in Beziehung auf den Anderen die Eigenschaft eines necessarius heres erhalten L. 10. §. 1. D. *h. t.* L. 42. pr. D. *de acq. her.* Vrgl. oben §. 1452 u. §. 1453. S. 421 fg. Not. 11 a. Die Ansicht Faber's (conj. Lib. XIV. c. 13. p. m. 427.), nach dem väterlichen Willen könnten Geschwister einander auch ab intestato als necessarii heredes

Allein eines Theils wird auch dadurch wiederum nichts erklärt — indem ja Niemand necessarius heres werden kann, welcher den zu Beerbenden nicht überlebt hat; anderen Theils ist jene Voraussetzung mit der Aeusserung Tryphonin's (in der L. 9. pr. D. *de reb. dub.*): „si ordine vita decessissent, priori mortuo *frater ab intestato heres erit*" durchaus nicht zu vereinigen. — Es heißt ja aber auch ausdrücklich: der Substitut sey als Erbe beider Pupillen anzusehen[26]). Die Vorstellungsweise der römischen Juristen über unseren Fall gieng also ganz einfach darauf hinaus: da nach dem Willen des Vaters der Substitut die Verlassenschaften beider Pupillen haben soll, nur nicht eher, bis Beide (als impuberes) mit Tode abgegangen sind, so ist derselbe im Grunde Beiden substituirt, mithin, da man nicht wissen kann, wer zuerst und wer zuletzt gestorben, ist Beider Erbschaft ihm gleichzeitig deferirt[27]).

Indessen ist auch das außer Zweifel, daß der Vater von der natürlichen Voraussetzung ausgieng, die Kinder würden (falls überhaupt der Substitutionsfall eintrete)

beerben, — ist von allen Rechtsprinzipien entblößt. S. dagegen Averanius l. l. §. 8. u. *van* Voorst comm. cit. p. 372 sq.

26) L. 9. pr. cit. — „ut *utrique* heres sit." — L. 42. D. *h. t.* — „*duae hereditates* substituto deferuntur." — L. 11. pr. D. *de B. P. s. t.* — „*etiam prioris* posse peti possessionem bonorum."

27) Vrgl. Averanius l. l. §. 9. u. *van* Voorst l. l. pag. 373—375, welcher mit Recht bemerkt: „frustra hic laborasse interpretes, quomodo frater fratri heres existere potuerit, quum — — utrique ex substitutione successit substitutus."

eines nach dem anderen sterben, und alsdann der überlebende Intestaterbe des Vorverstorbenen geworden seyn. Nach dem **Sctum Tertullianum** trat dies allemal ein, wenn beide Kinder männlichen Geschlechts waren; nur mit Geschwistern weiblichen Geschlechts concurrirte die Mutter[28]. Nach Justinians neuer Erbfolgeordnung concurriren aber Ascendenten stets mit vollbürtigen Geschwistern[29], und nur durch eine Pupillarsubstitution kann die Mutter ausgeschlossen werden[30]. Darf man nun aber darum annehmen, daß der Pupillarsubstitut in unserem Falle von der Mutter ausgeschlossen werde[31]? Allerdings spricht dafür die streng juristische Consequenz indem es gewiß ist, daß die Mutter ihre Kinder überlebt habe, nicht aber, wer von diesen zuletzt gestorben sey; es ist also entschieden die Bedingung der Intestaterbfolge eingetreten, problematisch aber, ob die der Substitution eingeteeten sey. Nimmt man nun hiernach einen Vorzug der Mutter vor dem Substituten an, so würden die in den Pandekten enthaltenen Entscheidungen nur noch zur Anwendung kommen können, wenn entweder successionsfähige Ascendenten der Pupillen überall nicht vorhanden sind, oder der Testirer die Pupillen einander gegenseitig substituirt hat. Jedoch ist auf der andern Seite zu berücksichtigen, daß durch die oben erklärten Pandektenstellen der Satz festgestellt ist: der Substitut ist für den Fall, daß beide Pupillen gleichzeitig sterben (oder für gleich-

28) **§. 3. J.** *de senatusconsulto Tertull.*

29) **Nov. 118. c. 3.**

30) **L. 8. §. 5. D.** *de inoff. test.* (s. oben §. 1452. Not. 43.)

31) Dies ist die Meinung von H. Donellus a. a. O. (S. oben Note 16.)

zeitig gestorben zu achten sind) auch beider Erbe aus der Substitution geworden, schließt mithin als Pupillarsubstitut die Intestaterben der Pupillen stets aus. Man kann dies auch so ausdrücken: welche Wirkung die Substitution haben werde? hängt von künftigen, zur Zeit noch ungewissen Umständen ab. Stirbt einer entschieden vor dem anderen, so ist dieser natürlich nur für den Theil Erbe des ersten geworden, der nicht an andere Intesterbfolger kommt; nur diesen Theil erhält also der Pupillarsubstitut zugleich mit dem sonstigen Vermögen des Ueberlebenden. Im entgegengesetzten Falle aber erhält er beide Verlassenschaften vollständig, wie wenn er Beiden ausdrücklich substituirt ist.

4) Die Giltigkeit und Wirksamkeit der Pupillarsubstitution ist durch ein vollgiltiges und wirksames Testament des Vaters bedingt. Da hierüber das Einzelne bereits oben vorgekommen ist, so bedarf es jetzt nur noch einer übersichtlichen Darstellung der Fälle. Also die Pupillarsubstitution gilt a) gar nicht, wenn des Vaters Testament der Form nach nicht zu Recht beständig ist (siehe oben §. 1452). b) Hatte der Vater seine Notherben gar nicht, oder nicht gehörig berücksichtigt, so wurde die Pupillarsubstitution aufrecht erhalten, wenn gegen das Testament eine contra tabulas bonorum possessio erlangt war[32], oder die Inoffiziositätsquerel nur für einen Theil angestellt oder durchgesetzt wurde. Erfolgte dagegen die

32) L. 34. in f. L. 35. D. *h. t.* — Eine Ausnahme enthält die L. 22. *eod.* „Is, qui contra tabulas testamenti patris bonorum possessionem petierit, si fratri impuberi substitutus sit, repellitur a substitutione.“ S. darüber Band 37. des Commentars. S. 18 fg. u. das. Note 39.

Impugnation nach Civilrecht und zwar vollständig, so fiel auch die Pupillarsubstitution weg[33]). Wie dies durch die in der Nov. 115 aufgestellten Grundsätze modifizirt ist? wurde oben (§. 1453. S. 428 fg.) bereits erörtert. c) Ungiltig ist die Pupillarsubstitution auch, wenn das väterliche Testament destituirt wird, d. h. der eingesetzte Erbe nicht Erbe werden will oder kann[34]); nur wenn ein eingesetzter **suus heres** abstinirt, besteht sie zu Recht[35]), und ein Gleiches gilt auch von dem Falle, wenn ein anderer Erbe sich gegen die angetretene Erbschaft restituiren läßt[36]), oder die testamentarische Erbschaft ausgeschlagen wird, um sie als Intestaterbe zu haben[36a]). d) Endlich wird sie auch dadurch vernichtet, daß der Vater ein neues, vollgiltiges Testament errichtet[37]).

5) Aus Gründen, welche den Substituten selber betreffen, wird die Pupillarsubstitution unwirksam a) wenn derselbe vor dem Pupillen stirbt, falls er nicht schon Erbe des Vaters geworden ist[38]); b) wenn er dem Pupillen nicht innerhalb eines Jahres — von dem Moment angerechnet, wo dessen Bevormundung nöthig wurde —

33) arg. L. 16. §. 1. in f. D. *h. t.* L. 8. §. 5. D. *de inoff. test.*

34) L. 2. §. 1. L. 10. §. 4. D. *h. t.*

35) L. 2. §. 1. in f. L. 12. D. *h. t.* L. 44. D. *de re jud.* (XLII. 1.)

36) L. 2. §. 3. D. *h. t.* — Vrgl. oben §. 1449. S. 361 fg.

36a) L. 2. in f. D. *h. t.*

37) L. 16. §. 1. D. *h. t.* „Si sibi et filio pater testamentum fecisset, deinde sibi tantum, utrumque superius rumpetur."

38) L. 59. D. *de acq. her.* — S. hierüben oben §. 1453.

einen Vormund erbittet[39]). — Ob und in wieferne er die Pupillarverlassenschaft ausschlagen könne? ist in einem anderen Zusammenhange oben (§. 1453) ausführlich erörtert[40]).

39) L. 10. C. *de legitim. heredib.* (VI. 58.) — Vrgl. Bd. 30. d. Comment. S. 120.

40) Es mögen hier, am Schlusse der Lehre von der Vulgar- und eigentlichen Pupillar-Substitution noch einige nachträgliche Bemerkungen stehen: a) Bei Erwähnung der uneigentlich s. g. Pupillarsubstitution (d. i. wenn die Mutter oder ein Dritter dem von ihnen zum Erben eingesetzten Unmündigen einen Substituten für den Fall ernennen, daß jener als impubes sterben werde) ist S. 261. Not. 9. auf den §. 1451. Nr. 1. verwiesen, wobei die nachher verlassene Ordnung von Hellfeld berücksichtigt wurde. Nach der Statt deren gewählten Anordnung war der §. 1450 gemeint, wo sich übrigens (in der Note 83. S. 370) nur die Bemerkung findet, es liege darin eine bedingte Vulgarsubstitution (eine directe oder eine fideicommissarische), mit einer Rückverweisung auf die frühere Erwähnung; und in der That bedarf es darüber einer näheren Erörterung auch nicht, als sich an beiden Orten findet. — b) Bei Erörterung der Frage: wie kam man zu der Benennung Pupillarsubstitution, da doch der Substitut nicht zweiter Erbe des Vaters, sondern erster Erbe des Pupillen ist? (S. 261 — 264) ist mit Recht bemerkt: das Recht zur Pupillarsubstitution sey eine Erweiterung der väterlichen Gewalt über ihre regelmäßigen Gränzen hinaus, gerade so, wie das Recht des Vaters, seinem unmündigen Kinde einen Vormund zu geben (S. 264). Auch die ebendas. (S. 262. Note 12.) sich findende Bemerkung: „man habe früher den Substituten sich als wahren Nacherben des Vaters vorgestellt und selbst in der Substitutionsformel sey dies ausgedrückt worden" — ist ganz richtig. Indessen hätte noch bestimmter hervorgehoben werden müssen (wie auch später — S. 392 — mit Beziehung

§. 1456.

Von der Quasipupillarsubstitution*).

Die Unfähigkeit eines Pupillen, sich selber einen Erben zu ernennen, trug zur Begünstigung (s. oben S.

auf *J. L.* Conradi opusc. I. p. 229 geschehen ist), daß man sich das Erwerbsrecht des Vaters noch nach dessen Tode so lange als fortdauernd dachte, bis das Kind eine vollständige Persönlichkeit erlangt hatte, d. h. mündig geworden war; weshalb denn die Anordnung einer Pupillarsubstitution gewissermassen als Verfügung des Vaters über das eigne Vermögen desselben gedacht werden konnte. (S. auch S. 476.) Eine ähnliche Ansicht hat auch *G. A.* Franck Diss. de origine et natura vulgaris ac pupillaris substitutionis (Jen. 1829) p. 6 sq.; wo auch mit Recht bemerkt wird, daß die Regel: „quos sibi aliquis facit heredes necessarios, eosdem etiam filio facit" ebenfalls damit in Verbindung stehe. In dieser Dissertation (welche mir früher nicht zur Hand war) wird auch c) in Beziehung auf die Streitfrage: ob es eine substitutio tacita vulgaris gebe? (s. oben §. 1447. S. 267—306) die gemeine Meinung vertheidigt; p. 8—16 u. p. 22—24. — d) Den anscheinenden Mangel an Zusammenhang in den Pandektenstellen, die Frage betreffend: ob die Pupillarsubstitution vor der Ernennung des väterlichen Erben ausgedrückt werden müsse? (L. 2. §. 4. sqq. *h. t.* s. oben §. 1452. S. 385 fg.) sucht Franck (a. a. O. p. 18—20) durch Annahme einer Interpolation zu erklären. — e) Die Bestimmungen des Pandektenrechts, wonach in einem Falle der Substitut mit dem eingesetzten Erben theilen soll (L. 40. 41. D. *de hered. inst.* u. oben §. 1449. S. 348—357), hält Franck durch die L. 3. C. *de hered. inst.* von Alexander Sever für aufgehoben; pag. 20—22. S. dagegen oben S. 356 fg.

*) §. 1. J. *h. t.* — L. 9. C. *h. t.* — *H.* Donellus comment. ad L. 9. C. *h. t.* (in den comment. ad

264 fg.) und zur Erhaltung des Instituts der Pupillarsubstitution bei, war aber keineswegs der Grund ihrer Entstehung; dieser lag vielmehr in der Ursache jener Unfähigkeit. Erst mit der Pubertät trat vollständige juristische Persönlichkeit ein, bis dahin steht der Pupill und das Vermögen unter dem Schutz derer, welche das Gesetz oder der Vater (dieser gewissermassen als sein Stellvertreter) ihm beigeordnet haben; bis dahin könnte man allenfalls sagen) gehört das Vermögen weniger ihm, als der familia, oder, wenn der Vater testamentarisch darüber verfügt hat, dem familiae emtor, mit anderen Worten: stirbt er, so wird nicht Er durch einen heres repräsentirt, sondern die durch das Gesetz oder den Vater berufenen Erben setzen gleichsam die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Letzteren fort. In der Folge trat freilich die Ansicht immer mehr hervor: der unter Tutel stehende Unmündige ist an sich vollkommenes Subject seines Vermögens, nur mit beschränkter Dispositionsfähigkeit, — und damit trat denn zugleich der ursprüngliche Grund

quosdam libr. Cod. Frf. 1599. p. 422 sqq.) *Thom.* Papillonius de substitutione merte capti (Otto thes. T. IV. p. 254 sqq.) *C. G.* Madihn opusc. vicissitudines substitutionis exemplaris ejusque veram indolem continens. Hal. 1775. — Unterholzner Bemerkungen über die quasi pupillaris substitutio; im Archiv für civ. Pr. Bd. II. Nr. V. — v. Löhr übet die L. 9. C. *de impub. et al. subst.*, im Arch. f. civ. Pr. Bd. V. Nr. III. — Thibaut über den Zweck und die Fortdauer der Quasipupillarsubstitution; Arch. für civ. Pr. Bd. V. Heft III. Nr. I. 5. S. 337 fg. — v. Löhr über die Wirkungen der s. g. quasi pupillaris substitutio, und: Wem kann quasipupillarisch substituirt werden? Arch. für civ. Pr. Bd. IX. Nr. VII. (I. II.)

der Pupillarsubstitution so ziemlich in den Hintergrund, so daß man hauptsächlich nur einen legislativen Nebengesichtspunkt — die Unfähigkeit des Pupillen zu testiren und die Rücksicht auf möglichste Geheimhaltung seines künftigen Erben — vor Augen gehabt zu haben scheint. Für wahnsinnige und taubstumme Kinder, welche sich ebenfalls kein Testament machen konnten, mußte dieser Grund nicht minder wichtig erscheinen; doch konnte dadurch ein Recht des Vaters, großjährigen Kindern einen Erben Kraft väterlicher Gewalt zu ernennen, immer nicht gerechtfertigt werden. Zwar wurde durch ein **exheredatio bona mente facta** es möglich zu bewirken, daß das väterliche Vermögen nach des Wahnsinnigen oder Taubstummen Tode nicht an dessen Intestaterben falle, daneben aber für den Unterhalt solcher Kinder auf das vollständige zu sorgen[41]); es konnte ferner das Kind eingesetzt, und fideicommissarische Restitution für den Fall angeordnet werden, wenn dasselbe in einem solchen Zustande sterben sollte. Immer aber war auf diese Weise doch nur eine Verfügung über das vom Erblasser selbst herrührende Vermögen möglich. Ein Mittel gab es indessen schon zur Zeit der classischen Juristen, sich ein weiter gehendes Recht zu verschaffen, nämlich die Nachsuchung eines Privilegiums beim Kaiser, dessen Erlangung schwerlich mit besondern Schwierigkeiten verknüpft war. Hierüber ist uns ein sehr lehrreiches Fragment von Paulus in den

41) S. Unterholzner a. a. O. S. 34. Nr. 1., dessen Ansicht aber, daß Justinian diese Enterbung ganz abgeschafft habe, wenn er sie gleich mit anderen, besonders neueren, Juristen theilt, schwerlich Billigung verdient; s. Bd. 37. d. Comm. §. 1425 e.

Pandekten aufbehalten[42]). „Ex facto quaeritur: qui filium habebat mutum puberem, impetravit a principe, ut muto substituere ei liceret, et substituit Titium; mutus duxit uxorem post mortem patris et nascitur ei filius. Quaero, an rumpatur testamentum? Respondi: beneficia quidem principalia ipsi Principes solent interpretari, verum voluntatem Principis inspicientibus potest dici, eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius ejus in eadem valetudine perseverasset, ut, quemadmodum jure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita Princeps imitatus sit jus in eo, qui propter infirmitatem non potest testari. Nam, et si furioso filio substituisset, diceremus, desinere valere testamentum, quum resipisset, quia jam posset sibi testamentum facere; etenim iniquum incipit fieri beneficium Principis, si adhuc id valere dicamus, auferret enim testamenti factionem homini sanae mentis. Igitur etiam agnatione sui heredis dicendum est, rumpi substitutionem, quia nihil interest, alium heredem institueret ipse filius postea, an jure habere coeperit suum heredem; nec enim aut patrem, aut Principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest, quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamentifactionem, utrum in personam unius, an complurium." — Der Eingangssatz enthält das Factum, welches zu der Anfrage Veranlassung gab; es kommen daher die Gründe in Betracht, worauf die Entscheidung gestützt wurde. Was aus diesen

42) L. 43. pr. D. *h. t.*

mit rechtlicher und logischer Consequenz folgt, muß als Recht gelten für alle und jede Fälle, wenngleich die besonderen Umstände des zur Beantwortung vorgelegten concreten Falls bei ihnen nicht zutreffen[43]). Paulus nun geht davon aus: ungeachtet die Auslegung der vom Prinzeps ertheilten Privilegien im Allgemeinen auch dem Prinzeps selber zu überlassen sey, so dürfe doch als dessen Wille angenommen werden, daß rechtliche Analogie und Billigkeit stets als Grundlage seiner Bestimmungen zu betrachten, und hiernach Unbestimmtheiten und Zweideutigkeiten zu entscheiden seyen. Hieraus ergebe sich zuvörderst, daß, wie die Pupillarsubstitution durch Eintritt der Pubertät ihre Wirkung verliere, eben so, wenn der Kaiser gestatte, den Kindern wegen Krankheit und Gebrechen einen Erben zu ernennen, auch eine solche Verfügung mit dem wegfallenden Grunde aufhöre zu gelten. Wenn daher Wahnsinn des Kindes die Veranlassung zu der Substitution geworden sey, so müsse dieselbe mit wieder erlangter geistiger Gesundheit von selbst ihre Kraft verlieren, da der Genesene sich nunmehr (nach beendigter väterlicher Gewalt) selber ein Testament errichten dürfe. Wäre das Gegentheil anzunehmen, so würde das kaiserliche Privilegium von jetzt an als ein unbilliges erscheinen; denn der rechtlichen Billigkeit laufe es offenbar zuwider, einem gesunden und fähigen Menschen das Recht auf Testamentifaction zu entziehen. Eben diesem Grundsatze sey es denn auch gemäß, daß eine solche Substitution durch die Agnation eines suus heres zerstört werde, indem es wesentlich gleich sey, ob derjenige, dem

43) Cujacius in Lib. IX. quaest. Paulli ad h. l. (opp. T. V. p. 1058.)

auf diese Weise ein Erbe gegeben werde, in der Folge selbst ein Testament errichte, oder ob er durch das Gesetz (jure) einen suus heres erhalte, zumal da wohl angenommen werden dürfe, daß weder der Vater, noch der Kaiser an diesen Fall gedacht, daß sie mithin auch nicht beabsichtigt haben könnten, einen nachgebornen Erben des Kindes auszuschließen. Die Schlußbemerkung — es sey gleichgiltig, ob der Kaiser dem Vater eine solche Erlaubniß für einen, oder für mehrere unfähige Descendenten ertheilt habe[44]), — kommt hier nicht weiter in Betracht.

Ausdrücklich ist in dieser Stelle anerkannt: a) daß durch das Wegfallen des Zustandes, welcher die Veranlassung der Substitution wurde, diese stets erlöscht; b) daß dies auch alsdann der Fall sey, wenn für einen taubstummen Descendenten ein Testament errichtet ist, dieser aber sich später verheirathet[45]) und ein Kind aus dieser Ehe geboren wird. Unentschieden ist der Fall gelassen, a) wenn der Taubstumme bereits eine Frau, aber noch keine Kinder mit derselben erzeugt hatte, nach dem Testamente des Vaters aber ihm ein Kind geboren wird. — Alle angeführten Gründe passen auf diesen Fall genau so gut, wie auf den ausdrücklich entschiedenen; nur darauf kommt es an, daß der taubstumme Erblasser später noch ein Kind erhält, ob derselbe früher schon verheirather war, oder nicht, ist gewiß sehr gleichgiltig[46]). Es ver-

44) Vrgl. Westphal von Testamenten u. s. w. §. 723 a. E.

45) Denn der Verheirathung eines solchen Menschen steht kein rechtliches Hinderniß entgegen; L. 73. pr. D. *de jure dot.* (XXIII. 3.)

46) Cujacius l. l. p. 1058., welcher hier besonders darauf aufmerksam macht: man dürfe nicht vergessen, daß Paulus sage, „*ex facto* quaeritur.“

steht sich daher auch von selbst, daß nach diesen Prinzipien eben so entschieden werden müsse, wenn ein verheiratheter Descendent wahnsinnig wird[47]), und denselben ein Kind geboren wird, nachdem sein Vater für ihn testirt hat. Wie aber, b) wenn der Taubstumme oder Wahnsinnige bereits Kinder hatte, als der Vater für sie testirte? Hält man sich lediglich an den Grund: es ist unbillig, daß eine Substitution dieser Art noch bestehe, wenn der Erblasser Kinder bekommt, so muß man dieselbe allerdings für rechtlich unzuläßig alsdann erklären, wenn schon Kinder vorhanden sind. Indessen sowohl die Analogie der Pupillarsubstitution[48]), als auch die Worte: „**nec enim aut patrem aut Principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret**" rechtfertigen das Gegentheil. Paulus erklärt es für unbillig, einem geistig gesunden und fähigen Menschen das Recht der Testamentsfaction zu entziehen; er erklärt es eben so der Billigkeit gemäß, daß das Testament des Vaters rumpirt werde, wenn der Descendent noch Kinder bekommt, aber hierbei hebt er hauptsächlich die Unwahrscheinlichkeit hervor, daß an einen solchen Fall bei der Disposition gedacht sey, gesteht also das Recht, die Notherben des Kindes auszuschließen, **implicite** zu[49]).

47) Denn die Ehe wird dadurch nicht aufgehoben, heirathen aber darf ein Wahnsinniger nicht; **L. 16. §. 2.** ***de ritu nuptiar.*** **(XXIII. 2.)**

48) Denn bei dieser fand eine Pflicht des Vaters, die Notherben des Kindes zu berücksichtigen, nicht Statt; siehe oben §. 1453.

49) Die Uebersetzung der obigen Worte, welche Hunger giebt: „Auch habe weder der Vater, noch der Kaiser an diesen Umstand gedacht, denn sonst wäre wahrscheinlich

c) Auch darüber findet sich nichts bestimmt, ob die Wirkung dieser Substitution sich auf das vom Vater herrührende Vermögen beschränkte, oder sich auch auf das eigne Vermögen des Kindes erstreckte? Ersteres nimmt Unterholzner an, sich darauf stützend: die Intestaterben konnten billigerweise sich darüber nicht beschweren, daß der Testirer sein eignes Vermögen ihnen entziehe, wohl aber, daß er die Aussicht, ein ihm fremdes Vermögen zu erben, ihnen verkümmere [50]). Das Gegentheil dürfte indessen wohl theils durch die Analogie der Pupillarsubstitution, worauf in der Stelle so viel Gewicht gelegt wird, theils durch den Zweck gerechtfertigt erscheinen, indem der Vater (gerade wie bei der Pupillarsubstitution) durch seine Anordnung beabsichtigte, dem Kinde einen

der späterhin Geborene enterbt worden (deutsche Uebersetzung des Corp. jur. T. III. S. 102.) ist weder buchstäblich treu, noch drückt sie den zu Grunde liegenden Gedanken richtig aus. Besser geschieht dies in der französischen Uebersetzung (von Hulot T. IV. pag. 188.): „il n'est pas naturel de penser, que le père ou le prince ait eu en vue de déshériter l'enfant, qui naîtroit par la suite du fils, à qui on substituoit.“ Gewiß wollte der Jurist sagen: es ist nicht wahrscheinlich, daß man, wäre an einen solchen Fall gedacht, das Kind ausgeschlossen haben würde; aber freilich folgt daraus die Berechtigung dazu ganz von selbst. Auch erklärt es sich leicht, weshalb hier des Kaisers Erwähnung geschieht: es wurde das kaiserliche Rescript schwerlich eher ertheilt, als bis der Kaiser sich von der Billigkeit und Zweckmäßigkeit der Gesuche überzeugt hatte; mithin konnte ihm auf gewisse Weise die testamentarische Verfügung zugeschrieben werden.

50) Unterholzner a. a. O. S. 54.

tüchtigen und würdigen Nachfolger zu geben, und nebenbei auch darüber, wer dies seyn würde, eine Ungewißheit zu erhalten. Ueberdies sieht man sonst nicht recht ein, was den Vater bestimmen konnte, die kaiserliche Erlaubniß für etwas nachzusuchen, was er auf einem anderen Wege auch ohne diese hätte bewirken können. — Wenn eben dieser Schriftsteller noch bemerkt, daß aller Wahrscheinlichkeit nach dergleichen kaiserliche Erlaubnißbriefe nur an Väter ertheilt wurden, in deren Gewalt die wahnsinnigen oder taubstummen Kinder standen, so kann dies immerhin zugegeben werden; nur eine beschränkende Auslegung der neuesten Verordnung über diesen Gegenstand läßt sich hierauf schwerlich mit Sicherheit gründen.

So also stand die Sache bis zur Zeit Justinians, und es blieb dies Recht auch für taubstumme Kinder ungeändert [51]). Im Jahre 528 aber erfolgte eine Constitution des Kaisers Justinian [52]), welche so lautet: „Humanitatis intuitu *parentibus* indulgemus, ut, si filium, nepotem, vel pronepotem cujuscunque sexus habeant, *nec alia proles descendentium eis sit*, iste tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis mente captus vel mente capta *perpetuo* sit, vel si duo vel plures isti fuerint, *nullus vero eorum sapiat*, liceat iisdem parentibus, *legitima portione et vel eis relicta*, quos voluerint his substituere, ut occasione hujusmodi substitutionis, *ad exemplum pupillaris*, que-

51) Wenigstens ist eine ausdrückliche Aenderung für diese nicht erfolgt; ob das gleich zu erwähnende Gesetz Justinians auf sie analogisch angewandt werden dürfe? wird weiter unten zur Sprache kommen.

52) L. 9. C. *h. t.*

rela nulla contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, ut si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset. Vel si filii aut alii descendentes ex hujusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, *qui vel quae testatur*, alios, quam *ex eo descendentes unum, vel certos, vel omnes, substituere*. Sin vero etiam liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat, ad fratres eorum unum, vel certas, vel omnes, eandem fieri substitutionem oportet"[63]). Hiernach pflegt man die s. g. Quasipupillarsubstitution (auch subst. exemplaris, oder Justinianea genannt) so zu erklären: es sey die von dem Ascendenten eines Wahnsinnigen, für den Fall, daß der Descendent im Wahnsinn sterben würde, erfolgte Erbesernennung[64]). — Es sind dabei noch folgende, zum Theil sehr controverse Punkte, zu erörtern:

63) Im Auszuge findet sich diese Constitution im §. 1. J. *h. t.* „Qua ratione excitati (nämlich, es ist unmittelbar vorher von dem Grunde der Pupillarsubstitution die Rede gewesen), etiam constitutionem in nostro posuimus codice, qua prospectum est, ut, si mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscunque sexus vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere; sin autem resipuerit, eandem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quae, postquam pupillus adoleverit, infirmatur."

64) S. mein Lehrb. des Pand.R. Bd. III. §. 676. — Der Sache nach sind die Meisten übereinstimmend, welche überhaupt versucht haben eine Definition der Qu. P. S. zu geben; z. B. Thibaut Pand. Bd. II. §. 840. v. We=

1) Wenngleich mehrmals gesagt wird, es sey dies Recht ad exemplum pupillaris substitutionis eingeführt, und man hieraus folgern könnte, daß nur ein Ascendent den in seiner väterlichen Gewalt befindlichen Kindern quasipupillariter substituiren dürfe, so ist doch nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes das Recht der exemplarischen Substitution allen Ascendenten des Wahnsinnigen zuständig, der Mutter, wie dem Vater, und überhaupt, ohne Rücksicht darauf, ob die Descendenten der väterlichen Gewalt unterworfen sind, oder nicht. Zwar würde auf den Ausdruck: *parentibus* indulgemus, an und für sich kein großes Gewicht zu legen seyn; denn auch in Beziehung auf Pupillarsubstitution heißt es in den Institutionen: es sey moribus introductum, daß die parentes für ihre unmündigen Kinder ein Testament errichteten[55], wo doch außer allem Zweifel nur männliche Ascendenten gemeint sind, in deren Gewalt die Descendenten stehen. Allein es heißt ja ausdrücklich: parenti, *qui vel quae* testatur u. s. w., was denn auf das vollständigste beweis't, daß die Rücksicht auf väterliche Gewalt hierbei gleichgiltig ist. Auch ist dies nie bezweifelt, soferne dabei lediglich auf die L. 9. C. cit. zu fußen sey[56]; indessen ist in neuerer Zeit behauptet,

ning-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 465. Seuffert Lehrb. III. §. 545.

55) Pr. in f. J. *h. t.*

56) Indessen kann hier Cujacius als Gegner genannt werden, wenngleich mit Sicherheit anzunehmen ist, daß blos seine Lebendigkeit ihn zu dieser Aeußerung über die nur beiläufig erwähnte L. 9. C. *h. t.* verleitete: „Quod autem ajunt DD., etiam parentibus, qui liberos furiosos non habent in potestate, cujuscunque sexus, sub-

daß durch eine später (i. J. 530) erlassenen Constitution [57]) dieses Recht einige Abänderungen erlitten habe. Da nämlich aus dieser Constitution hervorgehe, daß ein furiosus eine ihm deferirte Erbschaft nur ipso jure, mithin nur als suus heres, erwerben könne, so dürfe einem wahnsinnigen Erben lediglich von einem Ascendenten, dem unmittelbar die väterliche Gewalt über den Wahnsinnigen zustehe, substituirt werden; blos für den Fall, wo dem Wahnsinnigen der Pflichttheil als Legat gegeben sey, bleibe Alles unverändert [58]). Also, wer seinem wahnsinnigen Kinde den Pflichttheil als Vermächtniß zugewendet, kann demselben quasipupillariter substituiren, auch wenn es nicht unter seiner väterlichen Gewalt steht, nicht aber der, welcher es zum Erben ernennt! Ein so seltsames Resultat kann nur zum Vorschein kommen, wenn man bei der Interpretation der Constitutionen byzantinischer Kaiser auf Consequenzen Jagd macht, wie dies freilich in neuester Zeit häufig genug geschieht, was aber am Ende nothwendig dahin führen muß, in dem uns zur juristischen Bildung überlieferten römischen Rechte nur eine Masse durch Willkühr gebildeter und ohne inneren Zusammenhang an ein-

stituere licere in secundum casum, *id depromunt ex suo jecore;* nam nihil tale invenias in constitutione Justiniani, quae dat parenti hanc potestatem, puta patri, avo, proavo." Ihm schwebten dabei nicht die einzelnen Ausdrücke der Constitution vor Augen, sondern er dachte dabei nur an die in dem Gesetze selbst hervorgehobene Analogie der Pupillarsubstitution, worauf er sich hier auch wiederholt beruft; l. l. p. 1058.

57) L. 7. § 2 sqq. C. *de curat. furiosi.* (V. 70.)

58) v. Löhr im Arch. für civ. Pr. Bd. V. S. 115 — 120.

ander gereiheter Begriffe, kaum zum Auswendiglernen gut genug, zu erblicken. Dieser Mangel des inneren Zusammenhangs ist denn auch wohl der Grund geworden, daß ein anderer Schriftsteller, welcher diese Theorie zu widerlegen bemüht ist, sie so verstanden hat, als ob ihr Urheber sage: „von der substitutio pupillaris, wie dieselbe in L. 9. C. cit. angeordnet ward, sey später nichts übrig geblieben, als das Recht des Hausvaters, seinen wahnsinnigen suis einen Substituten zu ernennen[59]). Dieser Schriftsteller erinnert gegen die neue Theorie der Hauptsache nach: es sey unmöglich anzunehmen, daß der Kaiser, nachdem er im Jahr 528 ein neues Institut geschaffen, dasselbe bereits 2 Jahre darauf größten Theils wieder aufgehoben haben solle; auch würde derselbe, seiner Gewohnheit nach, nicht unterlassen haben, diese Aenderung hervorzuheben, am wenigsten aber lasse es sich erklären, wie er alsdann in dem §. 1. Inst. *h. t.* ganz unbeschränkt auf seine in der L. 9. C. cit. enthaltenen Vorschrift habe verweisen können[60]). — Indessen dürfte Folgendes noch entschiedener gegen die neuere Theorie sprechen: ihr Urheber stützt sie hauptsächlich auf die (weiter unten zu prüfende) Meinung, daß der Gegenstand der Quasipupillarsubstitution lediglich das vom Testirer dem Kinde zugewandte, nicht aber des Letzteren eignes Vermögen sey. Wir sind nicht dieser Meinung, wollen aber dieselbe einstweilen als wahr zugeben. Allein was folgt daraus für die hier zu beantwortende Frage? Gesetzt, der Kaiser hätte ganz ausdrücklich gesagt: ein Ascendent kann nur in Beziehung auf das von ihm zugewandte

59) Thibaut Arch. f. civ. Pr. Bd. V. S. 338.

60) Thibaut a. a. O. S. 338. 339.

Vermögen quasi pupillariter substituiren, würde alsdann die Substitution dadurch bedingt seyn, daß das Kind nun auch wirklich dies Vermögen erwerbe? Es würde vielmehr die wahre juristische Consequenz es mit sich bringen, daß, so wie die Pupillarsubstitution, wenn der Pupill zum Erben eingesetzt ist, allein nicht Erbe des Vaters wird, als Vulgarsubstitution aufrecht erhalten wird, eben also auch die Wirkung der exemplarischen Substitution bestehe, wenngleich der Wahnsinnige nicht Erbe des Substituenten geworden ist[61]). Der Inhalt der L. 7. C. *de cur. fur.* ist mithin völlig unabhängig von der Befugniß zur Vornahme einer quasipupillarischen Substitution[62]).

Väterliche Gewalt über den Wahnsinnigen ist also weder überhaupt Bedingung dieses Substitutionsrechts,

61) In der neuesten Ausgabe des Wening'schen Lehrbuchs ist (während im Texte die gewöhnliche Ansicht ohne Beschränkung vorgetragen wird) bemerkt: es sey consequent (wie v. Löhr dies zuerst hervorgehoben habe), daß seit der L. 7. C. *de cur. fur.* das Ganze nur bei dem Inhaber der patria potestas vorkomme (Bd. III. §. 465. Note kk.). Gründe für diese vermeintliche Consequenz sind aber nicht angegeben.

62) Vielleicht würde man auf die Idee gar nicht gekommen seyn, die L. 7. C. cit. mit unserer L. 9. in Verbindung zu bringen, wenn nicht die erste Stelle offenbar (in dem §. 1.) auf diese hinwiese. Aber diese Verweisung hängt ja mit dem eigentlichen Inhalte beider Gesetze nicht im Geringsten zusammen; es heißt ja blos, daß es bei der in der früheren Constitution sich findenden Bestimmung über die einem Wahnsinnigen zu machende Zuwendung oder für ihn anzuordnende Substitution sein Bewenden behalte. S. auch Thibaut a. a. O. S. 339.

noch ist dieselbe von einem wesentlichen Einflusse auf die Wirkung einer solchen Substitution [63]). Darum aber steht aber keineswegs allen und jeden Ascendenten dies Recht zu. Das Gesetz erfordert, daß dem Kinde der ihm gebührende Pflichttheil zugewandt werde; also es muß ein pflichttheilsberechtigter Descendent seyn, dem auf diese Weise substituirt wird, und nur der hat ein Recht dazu, von dessen Vermögen Jener den Pflichttheil fordern darf. Also der Vater kann seinem emanzipirten Sohne so gut wie dem in seiner Gewalt stehenden substituiren, der Großvater seinem Enkel und Urenkel so gut wie seinem Sohne (wie dies auch in dem Gesetze ausdrücklich bemerkt ist); nur ist die Substitution in den letzteren Fällen unwirksam, wenn beim Tode des entfernteren Ascendenten nähere vorhanden sind, solche nämlich, welchedem den Wahnsinnigen im Pflichttheilsrechte vorgehen. Außerehelichen Kindern kann von ihren Erzeugern und überhaupt von väterlichen Ascendenten kein Substitut ernannt werden, wohl aber von der Mutter, wie zwar nicht außer Streit ist, aber nach der Consequenz angenommen werden muß, da sie von der Mutter einen Pflichttheil zu fordern haben [64]).

Streitig ist aber auch noch geworden: ob die Mutter und andere Ascendenten, welchen keine Gewalt über das Kind zusteht, das Recht zur Quasipupillarsubstitution

63) Ob nicht, wenn mehrere Ascendenten substituiren, die Verfügung dessen, der dieväterliche Gewalt ausübt, als die hauptsächlichere berücksichtigt werden müsse? ist eine andere Frage, die uns hier noch nicht beschäftigt

64) L. 29. §. 1. D. *de inoff. test.* (V. 2.) LAUTERBACH coll. theor. pract. Tit. de vulg. et pup. subst. §. 40.

haben, so lange das Kind noch unmündig ist? Angesehene Juristen verneinen die Frage[65]; überzeugende Gründe dafür giebt es schwerlich. Das Gesetz spricht ganz allgemein, und da der Grund dieses Rechts die geistige Unfähigkeit des Kindes ist, so läßt sich in der That nicht absehen, wie hier etwas auf den Unterschied zwischen mündigen und unmündigen Kindern ankommen soll. Es scheinen die Vertheidiger der entgegenstehenden Meinung von der Idee geleitet zu seyn: den Unmündigen kann der Vater pupillariter substituiren[66]. Aber stehen denn alle Unmündige unter der väterlichen Gewalt? Und überhaupt, warum soll die Möglichkeit auf eine Art eine Verfügung zu treffen, eine andere ebenfalls gestattete Verfügung ausschließen? Daß übrigens die vom Vater für einen Pupillen als solchen angeordnete Substitution unter allen Umständen der von einem anderen Ascendenten verfügten Substitution vorgehe, wenn das Kind während der Unmündigkeit stirbt, wird schwerlich Jemand läugnen[67].

65) S. Voet ad h. t. Pand. §. 28. — Meinte vielleicht Cujacius (s. oben Note 56) ebenfalls diese Frage? Aus den Worten seines Commentars ist dies freilich nicht zu erkennen.

66) S. Voet a. a. O. u. besonders Lauterbach l. l. §. 41, der übrigens die richtige Meinung vertheidigt.

67) Vrgl. Vinnius ad §. 1. J. h. t. Nr. 4.

Verbesserungen.

S. 372 Z. 1 statt Unmöglichkeit lies Unzulässigkeit.
— 392 — 1 ist zwischen dies und weder einzuschalten: aber.
— 462 — 21 bis S. 463 Z. 8 ist dahin abzuändern: Ein gleicher Fall ist auch vorhanden, wenn ein Dritter dem letztlebenden Pupillen (und zwar nur für dessen Theil) substituirt seyn sollte u. s. w. Ein Anderes ist, wenn der Dritte dem Letztlebenden schlechthin, nämlich so, daß er vor dessen Tode nichts, dann aber das Ganze erhalten soll, substituirt ist. Auf den Ausdruck u. s. w.
— 476 — 8 ist vor könnte ein Parenthesezeichen zu setzen.

Nachschrift.

Vielfältig geäußerten Wünschen zu Folge, hat der Fortsetzer sich zu einer veränderten Behandlungsweise entschlossen, wonach der Commentar, unbeschadet seines wesentlichen Zweckes, in einer mäßigen Reihe von Bänden beendigt werden kann. Ueber den veränderten Plan wird die Vorrede zum 41ten, hoffentlich schon künftige Michaelismesse erscheinenden, Bande das Nähere enthalten.

In unserm Verlage sind folgende empfehlenswerthe Schriften erschienen und durch jede solide Buchhandlung zu beziehen:

Bensen, Heinr., System der reinen und angewandten Staatslehre für Juristen und Kameralisten. 2te verb. Ausg. 1r Th. gr. 8. 1 Rthlr. 8 gr. oder 2 fl.

— — 2r Th., von J. P. Harl umgearbeitet, die Polizeiwissenschaft enth. gr. 8. 2 Rthlr. 16 gr. od. 4 fl.

— — Versuch einer systemat. Entwicklung der Lehre von den Staatsgeschäften, und zwar in Hinsicht ihrer formalen Bestimmung; für angehende Staatsbeamte. 2 Theile. gr. 8. 2 Rthlr. 20 gr. od. 4 fl. 15 kr. (I. 1 Rthlr. od. 1 fl. 30 kr. II. 1 Rthlr. 20 gr. od. 2 fl. 45 kr.)

Der 2te Theil auch unter dem Titel:

— — Anleitung zur gesammten Geschäftsführung für Juristen und Kameralisten. gr. 8. 1 Rthlr. 20 gr. od. 2 fl. 45 kr.

— — Materialien zur Polizei- Kameral- und Finanz-Praxis für angehende practische Staatsbeamten. 3 Bde. Auch unter dem Titel: Vorbereitung zur juristischen Praxis, besonders in Rücksicht auf die Schreibart in rechtlichen Geschäften von Aug. Ludw. Schott, neue ganz umgearbeitete Ausgabe in 3 Bänden, von Heinr. Bensen. gr. 8. Jeder Band in 3 Heften complet 5 Rthlr. 6 gr. od. 8 fl. 15 kr. (Von jedem Bande kostet das 1ste Heft 10 gr. od. 40 kr., das 2te 20 gr. od. 1 fl. 20 kr., das 3te 12 gr. od. 45 kr.)

— — über das Studium der sogenannten Kameral-Wissenschaften zur Beherzigung für Juristen und Kameralisten. Zugleich als Anhang zu dessen Materialien ꝛc. gr. 8. 16 gr. od. 1 fl.

Burkard, Mich. Vinc., Urgesetze des Staats und seiner nothwendigen Majestätsrechte. 3 Hefte. gr. 8.

2 Rthlr. 16 gr. od. 4 fl.

1s Heft: Metaphysik der Organisation des Staates im Allgemeinen. 12 gr. od. 45 kr. 2s Heft: Metaphysik der Criminal-Gesetzgebung im Staate. 12 gr. od. 45 kr. 3s Heft: System der Polizei-Gesetzgebung. 1 Rthlr. 16 gr. od. 2 fl. 30 kr.

Feuerbach, Dr. E. A., die Lex Salica und ihre verschiedenen Recensionen. Ein historisch-kritischer Versuch auf dem Gebiete des germanischen Rechts. gr. 8. 1 Rthlr. 4 gr. od. 1 fl. 45 kr.

Geiger, Joh. Burk., und Chr. Fr. Glück, merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, mit beigefügten Urtheilen und Gutachten der Erlanger Juristen-Facultät. 3 Theile. gr. 8. 2 Rthlr. 10 gr. od. 3 fl. 42 kr.

Gönner, Nic. Thad., Entwicklung des Begriffs und der rechtlichen Verhältnisse deutscher Staatsrechtsdienstbarkeiten. gr. 8.

14 gr. od. 54 kr.

— — Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, zweite verb. Aufl. 4 Bde. gr. 8. 8 Rthlr. 8 gr. od. 12 fl. 30 kr.

(I. bis III. jeder 2 Rthlr. od. 3 fl. IV. 2 Rthlr. 8 gr. od. 3 fl. 30 kr.)

— — Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerl. Rechtssachen, 1r Theil, das Gesetzbuch enth. gr. 8.

2 Rthlr. 4 gr. od. 3 fl. 15 kr.

— — dessen 2ter Theil. Motive enth. in 3 Abtheilungen. gr. 8. jede 1 Rthlr. 12 gr. od. 2 fl. 15 kr.

— — Commentar über das Königl. Bayer. Gesetz vom 22. Juli 1819; einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend. gr. 8. 2 Rthlr. 16 gr. od. 4 fl.

— — Beiträge zur neuen Gesetzgebung in den Staaten des deutschen Bundes, 1ste Abth.. über Gesetzgebung und Rechtswiss. in unserer Zeit. gr. 8. 1 Rthlr. 8 gr. od. 2 fl.

Harl, J. P., vollständiges Handbuch der Polizeiwissenschaft, ihrer Hülfsquellen und Geschichte, mit Rücksicht auf die neueste Gesetzgebung und Literatur der Polizei. (Auch unter dem Titel:

System der reinen und angewandten Staatslehre von Dr. H. Bensen, 2r Thl., zweite ganz umgearb. Ausg. von J. P. Harl.) gr. 8. 2 Rthl. 16 gr. od. 4 fl.

Harl, J. P., Entwurf eines Polizeigesetzbuchs oder eines Gesetzbuchs für die hohe Sicherheit, öffentliche Ruhe und allgemeine Ordnung ꝛc. Auch unter dem Titel: Rationelle Beiträge zur Reform der Gesetzgebung, 1r Band. gr. 8.
3 Rthlr. 8 gr. od. 5 fl.

Huch, Fr. Aug., Versuch einer Literatur der Diplomatik, 1s u. 2s Buch. gr. 9. 1 Rthlr. 8 gr. od. 2 fl.
(Wird nicht vereinzelt.)

Hunger, Dr. J. F., das römische Erbrecht. gr. 8.
2 Rthlr. 8 gr. od. 3 fl. 30 kr.

Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreiche Bayern, von Dr. N. Th. v. Gönner und Dr. Phil. v. Schmidlein, 1r, 2r u. 3r Band. gr. 8. 6 Rthlr. od. 9 fl.

Kleinschrod, Gal. Alo., Abhandlung von dem Wilddiebstahle, dessen Geschichte, Strafe und Gerichtsstand. gr. 8.
8 gr. od. 30 kr.

— — systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, 3 Theile, 3te verm. Ausgabe. gr. 8.
3 Rthlr. od. 4 fl. 30 kr.
(Wird nicht vereinzelt.)

— — Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und dem peinlichen Prozesse. gr. 8. 2 Rthlr. 16 gr. od. 5 fl. 30 kr.

Klüber, J. L., de pictura contumeliosa. gr. 4.
5 gr. od. 20 kr.

— — de nobilitate codicillari. 4. 8 gr. od. 30 kr.

— — Isagoge in elementa juris publ. quo utuntur nobiles immediati in Imp. rom. germ. gr. 8.
12 gr. od. 45 kr.

— — kleine juristische Bibliothek, oder ausführliche Nachrichten von neuen juristischen Schriften mit unpartheiischen Prüfungen, 26 Stücke. gr. 8. (jedes Stück à 6 gr. od. 24 kr.)
6 Rthl. 12 gr. od. 10 fl. 24 kr.

Kraft, Seb. Ad., juristisch-practisches Wörterbuch, neue ganz umgeänderte Ausg. gr. 8. 1 Rthlr. 8 gr. od. 2 fl.

Rehmel, Gottl. Ernst Aug., reine Rechtslehre; auch mit dem Titel: reine Staatslehre, 1r Theil. gr. 8.
2 Rthlr. 12 gr. od. 4 fl. 30 kr.

Puchta, Dr. W. H., Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens. 1r Band. gr. 8.
2 Rthlr. 4 gr. od. 3 fl. 15 kr.

Dessen 2r Band. gr. 8. 2 Rthlr. 8 gr. od. 3 fl. 30 kr.

Auch unter dem Titel:

— — über den Concursprozeß, besonders mit Rücksicht auf die Mittel seiner Abwendung und Abkürzung. gr. 8.
2 Rthlr. 8 gr. od. 3 fl. 30 kr.

— — der Dienst der deutschen Justizämter oder Einzelrichter. 1r Theil. gr. 8. 1 Rthlr. 16 gr. od. 2 fl. 30 kr.

Dessen 2r Theil. 3 Rthlr. 8 gr. od. 5 fl.

— — die Landgerichte in Bayern und ihre Reform, mit vergleichender Rücksicht auf das deutsche Gerichtsämterwesen der frühern Zeit. gr. 8. 12 gr. od. 45 kr.

— — Anleitung zur Civilprozeß-Praxis in Bayern — nach dem Gesetz vom 17. November 1837. — Mit Formularien. gr. 8.
1 Rthlr. 8 gr. od. 2 fl.

— Dr. G. F., das Gewohnheitsrecht. 2 Theile. gr. 8.
2 Rthlr. 12 gr. od. 3 fl. 45 kr.

Schott, J., über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodial-, Stamm- und altväterliche Güter nach Erlöschen des Mannsstammes, sowohl beim hohen als niedern Adel in Teutschland. gr. 8. 22 gr. od. 1 fl. 24 kr.

Stein, Geo. Jos., Versuch einer theoretisch-pract. Abhandlung über die Lehre des röm. Rechts von pflichtwidrigen Testamenten, und den Rechtsmitteln wider dieselben, zugleich als Anhang zu Glücks Commentar rc. gr. 8. 16 gr. od. 1 fl.

Ueber Länder und Staaten Ein- und Abtheilungen überhaupt und die neueste Reichs-Eintheilung Bayerns insbesondere sammt unmaßgeblichen Bemerkungen über die Nothwendigkeit einer Reform und neuen Formation der Landgerichts-Bezirke Bayerns. gr. 8.
geh. 6 gr. od. 24 kr.

Erlangen im Juni 1839.

Palm'sche Verlags-Buchhandlung.







